

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

Los códigos de conducta y el derecho registral e inmobiliario

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Diego Vigil de Quiñones Otero

Directora

Alicia Real Pérez

Madrid, 2017



U N I V E R S I D A D
COMPLUTENSE
M A D R I D

TESIS DOCTORAL:

Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario

CENTRO:

Facultad de Derecho

PROGRAMA DE DOCTORADO:

Estudios de Derecho civil

DIRECTOR:

Alicia Real Pérez

DOCTORANDO:

Diego Vigil de Quiñones Otero

Tesis realizada dentro del Grupo de Investigación Complutense “Coordenadas Actuales del Derecho Patrimonial” (COADEPA) (coordinadora Alicia Real Pérez)

Y de los Proyectos Nacionales de Investigación I+D:

- SEJ2006-07116/JURI (“Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica”) IP: Alicia Real Pérez.
- DER2009-07708 (“Códigos de conducta en la distribución de bienes y prestación de servicios en la Unión Europea”) IP: Alicia Real Pérez

Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario

Directora:

Prof. Dra. Alicia Real Pérez

Doctorando:

Diego Vigil de Quiñones Otero

RESUMEN

Durante los últimos años, ha sido una constante en la sociedad la floración de los llamados códigos de conducta. Muchas empresas, entidades y administraciones han elaborado conjuntos de normas para orientar su actuación y las de sus respectivos empleados o miembros. Conjuntos que van desde códigos relativos al uso de bienes, hasta normas sobre la conducta que observará un prestador de servicios respecto de los consumidores, pasando por normas de conducta que la Administración quiere que se potencien respecto de personas o entidades de un sector, hasta los llamados códigos de buen gobierno de las sociedades mercantiles.

Dichos conjuntos de normas inspiradores del comportamiento de los sujetos de un determinado ámbito son una novedad para el Derecho y constituyen una realidad no siempre fácil de incorporar a las categorías normativas antes conocidas, pues son muy diversos y de finalidad muy variada. Algunos estudios han clarificado su naturaleza, valor y efectos en el ámbito del Derecho de obligaciones, laboral, mercantil o administrativo, pero falta un estudio en materia registral e inmobiliaria.

La presente tesis procura un estudio de los mismos respecto del Derecho registral e inmobiliario. Para ello, comienza por un repaso al encaje de los códigos en las fuentes del Derecho y de las obligaciones y procura una explicación filosófica de los mismos. Los códigos no son ley, pero encierran principios y proponen una costumbre, de modo que pueden tener un importante valor a través de estas dos fuentes del Derecho. Por otro lado, los códigos pueden gozar de un efecto coactivo si se incorporan al contrato o bien obtienen efecto como declaración unilateral o a través de otros instrumentos de autorregulación como los protocolos familiares o los reglamentos de régimen interior de las comunidades de vecinos. Cada una de estas opciones tiene unos límites que se estudian. Constatando que muchos códigos carecen sin embargo de efecto coactivo, se procura además una explicación filosófica de los mismos: los códigos, aun sin sanción, si que tienen fuerza directiva de las conductas, lo cual choca con la teoría pura del Derecho (positivismo), pero encaja en concepciones iusnaturalistas o intermedias.

En la segunda parte, partiendo de los diferentes tipos de códigos y su variable valor según las ideas asentadas en la primera, se estudia la posibilidad

de dotar a los códigos de publicidad en cada uno de los cuatro registros jurídicos de nuestro sistema, y los efectos que la inscripción produciría para el control de legalidad que en su caso se pueda ejercer sobre los códigos. Finalmente, se hace una aplicación de toda la teoría (sobre el valor, y sobre el tratamiento registral), a los códigos existentes o potenciales en el mercado hipotecario, con especial atención al código de buenas prácticas de los acreedores hipotecarios introducido por Decreto- Ley 6/2012.

ABSTRACT

For the last years, it has been a constant fact in society the appearance of codes of conduct. So, many companies, entities and administrations have made sets of rules in order to guide the conduct of their employees and members. These sets are from codes concerning the use of goods or even rules about the conduct of a service provider regarding consumers, or codes of conduct that the Administration wants to encourage regarding some persons or entities in a certain sector, until the latest corporate governance codes.

These sets of rules that inspire the conduct of the subjects of a certain scope are a novelty for the Law and are a reality that is not always easy to incorporate to before known rules since there are many kinds and have different aims. Some papers have clarified their nature, value and effects in Contract, Labor, Commercial and Administrative Law, but it lasts a research in Real Estate and Registration Law.

This paper aims to study of this regarding Real Estate and Registration Law. For that purpose, it starts with review to the codes' fit into the sources of the Law and the obligations and seeks a philosophical explanation on them. Codes are not Law, but contain principles and propose a custom, so they can have and important value throughout this two sources of Law. Furthermore, codes can enjoy a coercive effect if they join to a contract or obtaining effect as a unilateral declaration or through other self-regulatory instruments such as Family Constitutions or internal regulations of residents' association. Each one of these options have some limitations that we are going to study. Given that many codes are lack of coercive effect, this paper seeks, moreover, a philosophical explanation of them: codes, even with no punishment, do have power over conducts, which crashes pure theory of the Law (positivism), but fits in iusnaturalistic positions or very close to them.

In the second part, starting from different types of codes and its variable worth according to the caught ideas of the first part, will be studied the possibility of giving advice of the code in each one of the four legal registries in our system, and the effects that the inscription would produce in order of their legality control. Finally, it is made a whole theory application (about the value, and about the registry treatment), to the existing or potential codes in mortgage market, focusing on mortgage creditors' code of good manners, introduced by Royal Decree 6/2012.

AGRADECIMIENTOS.....	1
INTRODUCCIÓN	7
METODOLOGÍA SEGUIDA EN LA ELABORACIÓN DE LA TESIS.....	13
Aproximación al tema.....	13
Métodos seguidos	15
Fuentes empleadas	15
Criterios de concreción.....	17
Criterios de exposición	18
PARTE PRIMERA.-	21
LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN EL DERECHO CIVIL.	21
1. Los códigos de conducta y el Derecho civil.....	23
1.1 La autorregulación: delimitación del problema	23
1.2 Aproximación al fenómeno de los códigos de conducta	25
1.3 Clasificación de los códigos de conducta.....	32
1.3.1 Códigos de conducta procedentes del legislador: insertos en una ley o llamados por una ley como anexo.....	32
1.3.2 Códigos de conducta procedentes de los particulares	35
1.3.2.1 Dados o asumidos por los sujetos autorregulados para sí mismos.....	35
1.3.2.2 Dados por una entidad para sus miembros	35
1.4 El concepto legal de código de conducta	36
1.5 Ámbitos del Derecho civil para los que interesan los códigos de conducta.....	38
2. Códigos de conducta y fuentes del Derecho	41
2.1 Los CDC insertos en normas con fuerza de ley: Códigos que son ley y códigos "llamados por la ley"	39
2.2 Los códigos de conducta y la costumbre	47

2.2.1 Planteamiento: la reivindicación de la costumbre en la teoría de la ejemplaridad.....	47
2.2.2 El problema probatorio.....	52
2.2.3 Los códigos y los diferentes tipos de costumbre: los CDC como costumbre <i>secundum legem</i>	55
2.2.4 Los usos normativos.....	63
2.3 Los códigos de conducta y los principios generales del Derecho.....	64
2.3.1 En general.....	64
2.3.2 En particular, el principio de buena fe.....	67
3. Códigos de conducta como fuentes de las obligaciones.....	71
3.1 El cuasicontrato	72
3.2 El contrato	73
3.2.1 En general.....	74
3.2.2 El contrato normativo.....	81
3.2.3 El objeto de los contratos.....	84
3.2.4 Los CDCs en la doctrina de la causa.....	86
3.2.5 El problema de la relatividad.....	90
3.3 La declaración unilateral	96
3.3.1 La promesa pública de recompensa y los CDC	97
3.3.2 Los CDC como declaración unilateral.....	100
4. Efecto vinculante de los códigos de conducta	111
4.1 Efecto vinculante de los CDCs asumidos voluntariamente....	111
4.1.1 Los códigos de conducta como fuente del Derecho	115
4.1.2 Los CDCs como declaración unilateral.....	121
4.1.3 Los CDC como parte integrante de un contrato	122
4.1.3.1 En general	122
4.1.3.2. En particular, como condiciones generales de la contratación .	123
a) Por determinación del predisponente	126
b) Por determinación de la ley	129
c) Efectos.....	130
4.1.3.3 El contrato como parte de un código de conducta.....	132
4.1.4 Los CDC en estatutos reguladores de la propiedad inmobiliaria	132

4.1.4.1 En general	132
4.1.4.2 En particular, los Estatutos de las comunidades en régimen de propiedad horizontal.....	134
4.1.5 Los CDC como pacto parasocial.....	141
4.1.6 Los CDC no obligatorios jurídica sino moralmente	144
4.2 Efecto vinculante de los CDCs no asumidos voluntariamente.....	146
4.2.1 Los CDC insertos en disposiciones administrativas	146
4.2.2 Los códigos de conducta insertos en acuerdos privados.....	150
4.3 Conclusiones.....	152
5. Códigos de conducta en la teoría general del Derecho	159
5.1 Códigos de conducta, hechos, actos y negocios jurídicos.....	160
5.2 El problema de la relatividad: los CDC en la teoría de la relación jurídica obligatoria.....	165
5.3 El deber jurídico en los códigos de conducta.	169
5.4 La autonomía privada y los CDCs.	178
5.5 Códigos de conducta: ¿Derecho público o Derecho privado?	182
5.6 Los códigos de conducta en relación al espacio: la autorregulación en el Derecho Global.....	186
5.7 <i>Potestas, auctoritas</i> y códigos de conducta	190
6. Más allá de las fuentes de las obligaciones: los CDC no obligatorios jurídica sino moralmente	195
6.1. Una explicación filosófica	195
6.1.1 La autorregulación respecto del positivismo kelseniano	195
6.1.2 La autorregulación y el iusnaturalismo tomista	197
6.1.3 La ruptura del dualismo.....	200
6.1.4 La unidad del orden moral.....	205
6.1.5 El problema de la coacción: ¿hay Derecho sin coacción?	210
6.1.6 Los códigos de conducta como Derecho sin coacción, la costumbre y la convención.....	216
6.1.7 Estética, justicia y autorregulación.....	225
6.2 Una explicación socio-política.....	231
6.2.1 Los CDC en el contexto actual.....	231

6.2.2 Un nuevo contexto demanda nuevas ideas	233
6.2.2.1 La constatación de la necesidad de valores.....	233
6.2.2.2 Justicia y algo más: la lógica del don.....	234
6.2.2.3 La teoría de la ejemplaridad	238
6.2.3 Las minorías, la ejemplaridad, y la autorregulación.....	243
6.2.3.1 La idea de minoría: evolución de un concepto en el último siglo.....	244
6.2.3.2 Minorías y liderazgo: formas cambiantes, sustancia permanente.....	245
6.2.3.3 La autorregulación de las minorías ejemplares y su papel dentro de la realización del Derecho	247
6.2.4 El fomento de la gratuidad por el Derecho	250
6.2.5 Consumir es un acto político.....	252

PARTE SEGUNDA.-

LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y SU PAPEL EN EL MERCADO INMOBILIARIO.....255

1. Delimitación de la materia: el Derecho registral, el inmobiliario y el hipotecario.....257

2. El control de legalidad de los códigos de conducta267

2.1 En general267

2.2 Algunas consideraciones sobre su conveniencia.....274

2.3 La calificación registral..... 294

3. La publicidad registral de la autorregulación: posibilidades y efectos301

3.1 Consideraciones generales301

3.1.1 Sobre la publicidad de los instrumentos normativos..... 301

3.1.2 Publicidad y control de legalidad..... 306

3.1.3 Comunidad, sociedad y Registros jurídicos 314

3.1.3.1 Comunidad y sociedad: evolución de dos figuras..... 314

3.1.3.2 El papel de los Registros respecto de las mismas. 319

3.1.3.3 La coordinación entre Registros de personas y de bienes y su importancia para las comunidades y sociedades.....323

3.2 En el Registro de Bienes Muebles	326
3.2.1 Posibilidades.....	326
3.2.2 Efectos derivados de la inscripción.....	329
3.2.3. Efectos derivados de la configuración como condiciones generales.....	337
3.3. En el Registro Mercantil.....	345
3.3.1 Posibilidades.....	348
3.3.2 Los protocolos familiares.....	353
3.3.3 Efectos.....	358
3.3.4 Conclusión.....	369
3.4 En el Registro de la Propiedad	370
3.4.1 Posibilidades.....	370
3.4.2 Las normas de régimen interior de las comunidades de vecinos.....	376
3.4.3 Los códigos de conducta relativos al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.....	379
3.4.4 Efectos.....	391
3.5 En el Registro Civil.....	395
3.5.1 Las capitulaciones matrimoniales como CDC.	396
3.5.2. La publicidad registral de las capitulaciones matrimoniales.....	397
3.6 Conclusiones sobre el posible reflejo registral de los códigos de conducta.....	403
4. El mercado inmobiliario y los códigos de conducta.....	409
4.1 Los códigos reguladores de los sujetos intervinientes en el mercado inmobiliario.....	409
4.2. Los códigos reguladores de los bienes inmuebles.....	415
4.3 En particular, el Código de Buenas Prácticas Bancarias en relación con los deudores sin recursos: Decreto- Ley 6/2012, de 9 de Marzo.....	417
4.3.1 Introducción.....	417
4.3.2. Delimitación del problema: la morosidad hipotecaria y la inconveniencia de una reforma del régimen de responsabilidad por deudas.....	424

4.3.3 Valor y efectos del Código de Buenas Prácticas.....	431
4.3.4. Consideraciones críticas.....	438
4.3.5 El CBP: solución española frente a la legislación comparada.....	440
4.3.6 Tratamiento registral del CBP.....	443
4.4. La tendencia a la entrada de la autorregulación en el . mercado inmobiliario: La Directiva 2014/17/CE y su invitación a la prudencia.....	446
4.5 El posible tratamiento registral de otros códigos de buenas prácticas de acreedores.....	452
CONCLUSIONES	455
ANEXO: APLICACIÓN DE LAS CONCLUSIONES A DOS CASOS RECIENTES CLARIFICADORES DEL ROL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.....	469
BIBLIOGRAFÍA.....	479

AGRADECIMIENTOS

En otro lugar, he sostenido que el medio más valioso por el que los maestros nos comunican cosas en la Universidad, no es la clase, sino la conversación¹. Ciertamente es que en la primera fase de la formación universitaria la clase juega un papel insustituible. Pero no es menos cierto que en el doctorado la conversación con el Director y otros Profesores en quienes uno se pueda apoyar pasan a tener un papel mucho más importante que en la primera fase.

Por ello, quisiera añadir al trabajo un pequeño recordatorio de algunas conversaciones mantenidas con personas diversas que han contribuido a la clarificación de las ideas sobre las que se ha investigado.

En primer lugar, naturalmente, para mi Directora de tesis Alicia Real Pérez, quien en un otoño de 2008 apareció por los cursos de doctorado hablando de algo llamado Códigos de conducta. En un primer momento me parecieron un objeto indigno de atención. Luego terminé haciendo el DEA sobre ellos, y fueron el objeto de mi primer libro *Autorregulación y publicidad registral*.²

En mis primeros pasos sobre el tema, Alicia fue la aportación más valiosa como no podía ser de otro modo.

En esos primeros compases, pude contar igualmente opiniones con la Registradora Mercantil de Barcelona (integrante del tribunal que calificó las

¹ VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. *Breves consejos para estudiar Derecho con éxito*. VisionLibros.net, 2ª Ed. Madrid 2014. Pág. 38.

² *Autorregulación y publicidad registral*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2011. ISBN 978-84-92884-24-7

oposiciones en las que accedí al cuerpo de Aspirantes a Registradores), Juana Cuadrado Cenxual (condiscípula, unos años antes, de mi preparador Galo Rodríguez Tejada). Juana, cuando me oyó preguntar por protocolos familiares e instrumentos de autorregulación de las sociedades mercantiles, considerando relativamente exótica la materia, me remitió al Registrador y reputado mercantilista Luis Fernández del Pozo, de quien obtuve ideas clarificadoras.

Al concluir el primer tramo de la investigación, y presentar mi trabajo para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados bajo la dirección de la Prof^a Real Pérez, pude contar con la Prof. Gómez Laplaza (de quien recibí en el curso 2000-2001 la Parte General de Derecho civil), la Prof. Cuenca Casas (que al impartir Derechos Reales logró apasionarme por la materia, hasta el punto de haber sido detonante de la oposición), y el Prof. Bustos Pueche. Las aportaciones de cada uno de ellos al calificar el DEA fueron tenidas en cuenta, e incorporadas al texto, de modo que agradeceré siempre su colaboración.

Superado el DEA, siguió la inquietud por el tema, que he podido comentar varias veces con diversos juristas que han contribuido a clarificarme más algunos aspectos. Entre ellos quiera destacar a Prof. José María de la Cuesta Rute, con quien he mantenido bastantes conversaciones interesantes que han cooperado a centrar visiones sobre diferentes ángulos del problema autorregulatorio; y a Francisco Rico Pérez, que hizo su tesis precisamente sobre *La conducta en el Derecho civil*.

Posteriormente al DEA, se promulgó el Real Decreto- Ley 6/2012, de 9 de Marzo, que dio un papel a los códigos de conducta en el mercado inmobiliario mediante la promoción del Código de Buenas Prácticas.

El grupo de investigación del que formo parte en la UCM³, y dentro del proyecto de I+D DER2009/07708⁴, entre sus muchas actividades, organizó en esta Facultad de Derecho de la UCM, unas Jornadas bajo el título “Códigos de

³ “Coordenadas Actuales del Derecho Patrimonial” (COADEPA), coordinado por la Prof^a Real Pérez, declarado de interés en el Campus de Excelencia UCM-UPM.

⁴ “Códigos de conducta en la distribución de bienes y prestación de servicios”, dirigido por la prof^a Alicia Real Pérez, del que formé parte.

conducta y préstamos hipotecarios” en las que, entre otros temas, se analizaba el papel del Código de buenas prácticas dentro del referido Decreto Ley 6/2012. Tuve el placer de ser ponente en ellas, y poder contrastar ideas con los otros miembros de los Proyectos de investigación sobre códigos de conducta como el Prof. Emilio Díaz Ruiz (director de las Jornadas), Prof^a María Teresa Bendito Cañizares, Prof^a María Lirio Martín García, o el Dr. Olivier Soro Rusell.

Las Jornadas, pioneras en el tema, fueron relevantes. El contenido de las mismas se publicó en el libro *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*⁵.

En dichas Jornadas conocí también al Prof. Andrés Domínguez Luelmo, con quien he colaborado en los *Comentarios a la Ley Hipotecaria* que dirige y lidera⁶, y que ya caminan hacia la segunda edición.

Debo recordar igualmente las conversaciones mantenidas en Zaragoza con los eminentes civilistas.

Así, con el Prof. D. Gabriel García Cantero, con quien fui co-ponente en el Foro de Derecho Aragonés, y que tiene ideas muy claras sobre el derecho a la vivienda que no he dejado de tener en cuenta en la aplicación de la teoría alcanzada. El Prof. Dr. Jesús Delgado Echeverría, que me concedió audiencia con la excusa de que evaluaba un *practicum* externo del que yo era tutor, y me aclaró bastantes cosas de la teoría de la norma, la nulidad del acto jurídico y el Derecho Foral. La Prof^a Dra D^a María Ángeles Parra Lucán, con quien he mantenido colaboración durante casi cuatro años en Zaragoza, y que siempre ofrece una visión muy clara de los problemas de todo el Derecho patrimonial. La Prof^a Dra D^a María Teresa Alonso Pérez, quien ha escrito sobre el Código de Buenas Prácticas citando ya mis trabajos en el tema; y D. Miguel Ángel Tenas, Becario FPI cuyas primeras investigaciones me han resultado de gran interés.

⁵ DIAZ RUIZ, E. *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*. ISBN 978-84-9031-296-4. Dykinson. Madrid 2013.

⁶ DOMINGUEZ LUELMO, A. et al. *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Lex Nova. Valladolid 2013. ISBN: 978-84-9898-445-3

Por otro lado, en cierto momento me surgió la idea de contrastar cómo se tratan ciertos temas como el deber jurídico o la costumbre en el Derecho canónico, lo cual me llevó a volver a mi Prof. de Derecho Canónico y Eclesiástico Javier Martínez Torrón, así como a la Prof^a. Dra. María José Roca, con quien (además de tratar temas de inscripción de bienes por entidades eclesíásticas), he podido mantener un interesante intercambio epistolar sobre las analogías y diferencias entre los códigos de conducta y las normas que imponen deberes (aun sin sanción) en el Derecho canónico.

El cruce que considero que presenta el tema de la autorregulación con la generación de costumbres y la importancia civilizadora de éstas suscitando conductas ejemplares, me llevó en cierto momento a plantearle el tema de los códigos al Premio nacional de ensayo y Letrado del Consejo de Estado Javier Gomá Lanzón, cuyos estudios sobre la ejemplaridad y sus conexiones jurídicas he tenido muy presentes (como se puede apreciar sobre todo en la parte relativa a los códigos y las fuentes del Derecho) después de poder confirmar por carta del propio Gomá que decía lo que parece que decía, que aquello en Derecho era lo que parece que es (una defensa de la costumbre) y que los códigos de conducta tienen un papel en el tema.

Sin haberlo buscado, el Letrado de las Cortes españolas José María Codes Calatrava me propuso moderar un foro de la red de expertos en Parlamentos que mantiene la Fundación CEDDET al servicio de los países iberoamericanos. Ello me permitió plantear el tema de la regulación- autorregulación, bajo el título “La influencia de los códigos de conducta en la legislación” a los Letrados de las Cortes o Expertos equivalentes de Estados del Sur de América, contrastando algunas ideas interesantes con ellos.

Por otra parte, en la primavera de 2015 fui invitado como ponente al Seminario Permanente de Derecho Privado de Universidad de la Rioja, compartiendo el problema de la información registral con los Profs. De Pablo Contreras y Cámara Lapuente y los compañeros Registradores allí presentes, intercambio que resultó muy enriquecedor.

La conexión entre el Derecho registral y los códigos de conducta no habría sido imaginada de no ser por las siempre interesantes aportaciones de algunos Registradores que siempre se han mantenido abiertos a la entrada en el Registro de más información capaz de hacer la institución más fiel a los fines de proporcionar seguridad.

Entre ellos habría que destacar la perspectiva urbanística que recibí de Rafael Arnaiz Eguren; la económica de Fernando Méndez González (con quien mantuve una larga y fecunda conversación en Tortosa en verano de 2011, gracias a Juan José Jiménez de la Peña); la internacional de Nicolás Noguerols Peiró; la ambiental de Joaquín Delgado Ramos, Jesus Camy Escobar y Oscar Vázquez Asenjo (de quien he recibido importantes ideas en sendas visitas a Lloret de Mar, donde ha sido Registrador estos años, gracias a la hospitalidad del otro Registrador de la plaza, Silvestre Murga); o la tecnológica de aquella comisión del Servicio de Sistemas de Información a la que me llevaban a escuchar Joaquín Rodríguez Hernández, Javier Vallejo Amo, José María de Pablos O`Mullony, Fernando Carabaña y Javier de Angulo.

Finalmente, en la última etapa de la tesis, problemática inmobiliaria me ha llevado a ciertos trabajos fruto de la investigación liderada por los Profs. Ester Muñiz y Sergio Nasarre Aznar, con quien he podido intercambiar algunos materiales. A ellos, igualmente, mi gratitud.

A todas las personas cuyas valiosas aportaciones han sido fuentes de ideas para la tesis quiero manifestar ahora mi gratitud, dejando esta sucinta noticia de sus nombres y la actividades con ellos compartidas.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, ha sido una constante en la sociedad la floración de los llamados códigos de conducta (CDC). Así, muchas empresas, entidades y administraciones han elaborado conjuntos de normas para orientar su actuación y las de sus respectivos empleados o miembros. Conjuntos que van desde códigos relativos al uso de bienes, hasta normas sobre la conducta que observará un prestador de servicios respecto de los consumidores, pasando por normas de conducta que la Administración quiere que se potencien respecto de personas o entidades de un sector, hasta los llamados códigos de buen gobierno de las sociedades mercantiles.

Dichos conjuntos de normas inspiradores del comportamiento de los sujetos de un determinado ámbito son una novedad para el Derecho y constituyen una realidad no siempre fácil de incorporar a las categorías normativas antes conocidas, pues son muy diversos y de finalidad muy variada.

Ante tal situación, los CDCs están siendo paulatinamente objeto de estudio, de modo que poco a poco se van perfilando algunas ideas acerca de su naturaleza jurídica, y de cuál es el papel que han de jugar a la hora de vincular a los ciudadanos y las empresas que los emplean. No todos los autores que se han introducido en esta realidad novedosa han llegado a la misma conclusión: cierta doctrina reconoce a los Códigos el carácter de normas (en tanto producidas por repetición de actos por los particulares, fundamentalmente costumbres) en tanto otros prefieren estudiarlos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad. En uno y otro caso, se plantea el interesante problema de procurar ubicarlos dentro de las fuentes del Derecho y de las obligaciones; así como de dar una explicación desde la Filosofía del Derecho acerca de cuál es la razón de los mismos, su juridicidad o no, y qué papel juegan en las relaciones entre la Moral y el Derecho.

Junto al problema sobre su naturaleza jurídica, se ha venido planteando el problema de su eficacia. Algunos autores abogan directamente por la invocabilidad de los CDC ante los tribunales. Otros en cambio, sin llegar a considerar a los códigos como fuente de obligaciones o de Derecho, entienden que en todo caso se debe producir su exigibilidad. Otra cosa es cómo habrán de

serlo, si como obligación surgida de la ley (lo cual nos llevaría a plantearnos el papel que ocupan dentro de las fuentes del Derecho), o bien como obligación nacida de otras fuentes de las obligaciones.

Dentro del problema relativo a su obligatoriedad, debemos plantearnos el problema de su legalidad y de la legitimidad de las entidades que los redactan para imponerlos. Por ejemplo, en el caso de los CDC que se redactan para su observancia por las entidades o prestadores de servicios que forman parte de una asociación o federación, se ha planteado el problema de saber en qué medida pueden ser impuestos y si van a suponer o no una vulneración de las reglas relativas a la competencia. En éste punto, sería preciso replantearse el modo de funcionar de la autorregulación en relación a la relatividad de los acuerdos privados, así como su ámbito objetivo y la legalidad de los mismos.

Tanto a la hora de controlar la legalidad de los códigos, como a la hora de lograr el efecto de los mismos frente a terceros, se hace especialmente interesante valorar el papel que podrían desempeñar los Registros jurídicos dando una publicidad con efectos jurídicos, y para la obtención de la cual se impusiesen filtros de entrada que permitiesen por parte del Estado un control de la legalidad de las disposiciones contenidas en los códigos de conducta.

La autorregulación ha sido ya estudiada por varios autores en ámbitos determinados, fundamentalmente referidos al Derecho de obligaciones y contratos, así como a ciertas áreas del Derecho mercantil y del Derecho Laboral. Sin embargo, la autorregulación tiene también un papel en el ámbito del Derecho Inmobiliario, el estudio del cual requiere necesariamente partir del papel que la publicidad registral juega en relación a los derechos reales y a la eficacia de las normas que configuran el contenido de los mismos.

En el ámbito de los derechos reales, habría que plantearse el papel que puede jugar la autorregulación en la configuración del derecho real (y en el ejercicio del mismo por tanto), así como la autorregulación de entidades que intervienen en el mercado inmobiliario (punto en el cual resulta destacable el papel que la autorregulación viene jugando en el mercado hipotecario).

Partiendo de estas consideraciones, las páginas que siguen procurarán:

1º Fijar unas bases claras acerca del valor normativo de los CDC, procurando comprobar si dichas bases son válidas para todos los códigos o sólo para algunos.

2º Analizar qué control de legalidad se ejerce hoy en día por el Estado respecto de los CDCs, según el tipo de cada uno de ellos; si dicho control sirve de algo, y si procedería o no, según los casos, ampliar el control.

3º Analizar qué publicidad reciben hoy los CDCs, y como influye la misma en el valor normativo de los mismos, y en su control de legalidad. Ello requiere profundizar en la publicidad con efectos jurídicos que hoy existe de la autorregulación, así como comprobar los límites que, derivados de la publicación y efecto frente a terceros, se producen en la autonomía de la voluntad.

4º Analizar cómo actúan o podrían actuar los CDCs en ámbitos directamente relacionados con el mercado inmobiliario, en concreto cómo se autorregulan los agentes de dicho mercado, cómo se autorregula su conducta (con especial referencia a los acreedores hipotecarios) y cómo se autorregula el uso de bienes inmuebles. Para ello, se incidirá especialmente (partiendo de las bases que proporcionan los primeros apartados en lo relativo al valor normativo) en el valor que tienen los CDC afectantes al mercado inmobiliario, y en especial el código de buenas prácticas previsto por el Real Decreto- Ley 6/2012.

La redacción de esta tesis doctoral se enmarca dentro de los proyectos de I+D concedidos por el Ministerio de Ciencia e Innovación (antes de Educación y Ciencia) SEJ2006-07116 (“Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica”) y DER2009-07708 (Códigos de conducta en la distribución de bienes y prestación de servicios”). Así como de la Acción Complementaria DER2009-05662-E. Todos ellos dirigidos por la Profª Dra. Alicia Real Pérez.

METODOLOGÍA SEGUIDA EN LA ELABORACIÓN DE LA TESIS

Aproximación al tema

La presente tesis es el resultado de una progresiva profundización en el tema de los instrumentos de autorregulación. La profundización comenzó con ocasión de la asignatura relativa a los Códigos de conducta que se impartía en el programa de doctorado “Estudios de Derecho civil”. En dicho curso (2008-2009) realicé una primera aproximación al tema. En dicha aproximación tuve necesariamente en cuenta mis conocimientos previos de Derecho civil y registral, motivo por el cual el problema se centró en estudiar en qué medida cabría otorgar publicidad a los códigos de conducta en el Registro de condiciones generales de la contratación, el posible encaje de los mismos en la figura y los efectos que se seguirían de dicha publicidad.

Comprobado que el tema daba para más, en un segundo tiempo, que culminó en la defensa del trabajo de investigación conducente al Diploma de Estudios Avanzados, profundicé en los problemas que, se señalaban por la doctrina, presentaba la proliferación de los códigos de conducta: fundamentalmente los efectos en ocasiones demasiado limitados de los mismos y el que estos sobrepasaban el ámbito de la autonomía de la voluntad. Ello llevó a considerar la posible conveniencia de introducir mecanismos de control de legalidad en materia de códigos de conducta, lo cual, unido al planteamiento que se había realizado sobre su posible publicidad, llevó a ensayar sobre el posible encaje de dicho control en la calificación registral. El resultado fue el trabajo que bajo el título *Autorregulación y publicidad registral*⁷ fue defendido en Junio de 2010 y publicado como monografía por el Colegio de Registradores en 2011.

Sentadas algunas ideas sobre el posible efecto vinculante de los códigos a partir del estudio de su encaje en las fuentes del Derecho y de las obligaciones, así como algunas ideas sobre la publicidad y control de los mismos en dicho

⁷ Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2011. ISBN 978-84-92884-24-7.

trabajo, en 2012 se promulgó un Real Decreto Ley 6/2012 por medio del cual se introducía desde el Gobierno un Código de Buenas Prácticas para las entidades de crédito, dirigido a fomentar la moderación de las mismas en el ejercicio de sus derechos subjetivos respecto de los deudores. La publicación de dicho Real Decreto Ley fue objeto de unas Jornadas en las que intervine como ponente, publicándose la ponencia en el libro colectivo *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios* (Dykinson, Madrid 2012) y, más adelante, el artículo “La morosidad hipotecaria y el sistema fiscal: medidas tributarias contra la insolvencia”⁸. En dicha ponencia se llevaba a cabo una primera aproximación sobre el valor y efectos del código que reabrió el interés por el tema a partir de cómo actuaba la autorregulación en el sector inmobiliario. Procurando obtener alguna certeza al respecto, amplié el estudio de las fuentes del Derecho y de las obligaciones en relación con los códigos de conducta, procurando ver cómo los mismos encajaban en su caso en las fuentes hoy existentes. Fruto de dicho estudio es una exposición considerablemente ampliada (respecto al libro de 2011) de la parte relativa a fuentes del Derecho y de las obligaciones⁹ y al posible efecto jurídico coactivo que se podría seguir de los CDC si se encajasen en algunos instrumentos vinculantes de autorregulación, como son los Reglamentos de las Comunidades de vecinos.

Aun despejadas algunas incertidumbres sobre los CDC en relación a fuentes de las obligaciones, seguía sin estar claro el valor jurídico de los CDC que no encajan en dichas fuentes y sobre todo el por qué de los mismos en nuestro sistema jurídico y social. Procurando alcanzar una explicación, profundicé en determinadas cuestiones de Filosofía del Derecho, sobre todo en lo relativo al papel que los usos y costumbres tienen en la generación del Derecho. En dicha profundización hallé ideas interesantes en la teoría de la ejemplaridad de Javier Gomá, de la que he procurado extraer una doctrina

⁸ OL, *Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, N°. 37, 2012 págs. 74-78. ISSN 1886-7812. Madrid, 2012.

⁹ Algunas de las ideas sobre el valor de las normas consuetudinarias y no vinculantes, y los deberes que de ellas nacen, procuré aplicarlas al caso de los padrinos en el ensayo de reciente publicación “Los padrinos en el Derecho civil”. *Revista de Derecho civil*. ISSN 2341-2216 Volumen II, número 2. Abril- Junio 2015; y al caso de las novatadas universitarias en el post - “De nuevo sobre las novatadas”. En <http://hayderecho.com/2014/10/22/de-nuevo-sobre-las-novatadas/>. Octubre 2014.

jurídica capaz de explicar el fenómeno autorregulatorio, obteniendo una explicación que se expone en la parte de Filosofía del Derecho, y que se aplica sobre el código de buenas prácticas de las entidades de crédito en la parte final.

A partir de las ideas sentadas, se ha revisado asimismo la parte correspondiente al Derecho registral, considerando que si ciertos CDC no buscan sino cierta ejemplaridad el efecto de la publicación de los mismos debe circunscribirse a la misma, y debe replantearse la necesidad de dicha publicación en muchos casos.

Métodos seguidos¹⁰

Como se puede observar en el relato realizado, el estudio ha sido sobre todo inductivo, empírico y dogmático, procurando de la realidad en la que operan los códigos de conducta y los registros jurídicos una construcción en las categorías jurídicas hoy conocidas. El método histórico apenas se ha utilizado por cuanto no existen antecedentes. El método exegético tampoco, pues aunque se mencionan leyes en las que el legislador tiene en cuenta los CDC, apenas si se lleva a cabo una interpretación de las mismas, sino que se busca más una interpretación global.

Fuentes empleadas

Habiéndose realizado el trabajo a partir del caso concreto y desde el Derecho registral y civil, concretado más adelante de la autorregulación en relación al problema de los deudores hipotecarios, las fuentes empleadas, dado que el tema se refiere a normas vigentes en España, han sido fundamentalmente españolas, recogiendo del extranjero únicamente algunas aportaciones como las realizadas por cierta doctrina italiana en los trabajos fruto de la investigación realizada en la materia en los proyectos de I+D concedidos por el Ministerio de

¹⁰ Llevé a cabo un estudio de ciertos métodos para una serie de conferencias a universitarios en Barcelona, Zaragoza y Madrid que dieron lugar al librito *Breves consejos para estudiar Derecho con éxito*. VisionLibros.net. Madrid 2012. Segunda edición 2014; y al artículo “El estudio del Derecho en las oposiciones: posibles aportaciones a la vida universitaria”. En *Docencia y Derecho*. ISSN 2172-5004. Num 7. Córdoba 2013.

Ciencia e Innovación (antes de Educación y Ciencia) SEJ2006-07116 (“Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica”) y DER2009-07708 (Códigos de conducta en la distribución de bienes y prestación de servicios”). Se ha prescindido de más doctrina extranjera fundamentalmente porque se pretendió encontrar explicaciones de forma inductiva para una norma española, en un sistema registral diferente de los de nuestro entorno, y se ha procurado una construcción del juego de los CDC en relación con el ordenamiento español. Si que se han tenido en cuenta, no obstante, en relación con el control de legalidad, algunas ideas difundidas en el entorno del Banco Mundial por el economista Benito Arruñada acerca del papel de los Registros jurídicos en la economía institucional, publicados estos en la Universidad de Chicago.

En concreto en materia registral se ha partido del Derecho Hipotecario vigente y pasado y de la doctrina en la materia, consultando las principales obras coetáneas y posteriores a la Ley Hipotecaria de 1861 y los trabajos publicados hasta la actualidad, incluyendo los estudios comparados con otros sistemas registrales y los abundantes trabajos publicados en los últimos veinte años en relación con la protección de los consumidores con ocasión de la inscripción por los mismos de derechos reales.

A la hora de procurar un estudio más clarificador del valor de las normas no vinculantes, se ha recurrido también a ciertos estudios de publicistas (sin proceder a una profundización total en materia administrativa, por cuanto excedía mucho del objeto de la tesis), y se ha entrado en el estudio de las fuentes en el Derecho canónico, ordenamiento cuyo efecto vinculante es diferente e interesante para el tema.

A la consulta de publicaciones se ha unido la participación en ciertas actividades y la consulta a profesionales bancarios, Abogados relacionados con el sector crediticio, Registradores de la Propiedad¹¹, Administradores de fincas, y profesores de otras disciplinas que se tocan como Derecho canónico o Filosofía del Derecho, habiendo sido ponente en las Jornadas aragonesas de Propiedad

¹¹ Debo agradecer sobre todo la colaboración del Registro Mercantil de Barcelona.

Horizontal, en la Feria del Consumo de AUSBANC, en el Seminario de Permanente de Derecho Privado de la Rioja y en la Jornada de la Cátedra Zaragoza Vivienda de 2014 y 2015. En este punto debo indicar que he formado parte de los siguientes grupos de investigación:

1º Grupo Consolidado Reconocido por la Diputación General de Aragón "*Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado General*" (AUDEPRIV S1 10, Gobierno de Aragón- Unión Europea Fondo Social Europeo), investigador principal, M^a Ángeles Parra Lucán¹².

2º *Reformando las tenencias de la vivienda: el acceso a través del alquiler, la propiedad y su tributación (Convocatòria de Projectos I+D 2014 del Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento), en el subgrupo 2 "nuevas reglas para una eficiencia jurídica y económica en el acceso a la propiedad"*, coordinado por la Prof. MUÑIZ ESPADA. .

3º Fundamentos histórico-filosóficos de la ciudadanía jurídica, coordinado por Consuelo Martínez- Sicluna Sepúlveda.

Asimismo he intercambiado una serie de ideas con Javier Gomá, dada la importancia de su sistema filosófico en la investigación.

Además, participé como moderador de un foro bajo el título "La influencia de los códigos de conducta en la legislación" con expertos parlamentarios de España y América organizado por la fundación CEDDET.

Criterios de concreción

Durante este largo periodo, el tema objeto de estudio se ha ido concretando desde lo que en un primer momento eran los códigos de conducta

¹²Dentro de este proyecto, he sido autor de las siguientes publicaciones:

1º Capítulo "La información registral en la formación del contrato". En PARRA LUCÁN, M. A. (Coord). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014. Págs. 479 a 513.

2º "El Derecho civil aragonés, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad". *Revista de Derecho civil aragonés*, 2014. En prensa.

como instrumento de Derecho y posible objeto de inscripción (por comparación con las condiciones generales), hasta considerarlos como instrumento de autorregulación de interés en determinadas áreas, concretamente en el Derecho registral e inmobiliario, lo cual lleva a una estudio sobre el valor de las normas no vinculantes que ha requerido una profundización en el ser de las mismas y en como actúan en el ordenamiento a través de la costumbre, los principios y la interpretación.

Criterios de exposición

Consecuencia de la evolución, y del método inductivo que se sigue, el trabajo comienza por una aproximación al problema autorregulatorio procurando una delimitación de lo que se estudia, procurando conceptuar los CDC, y establecer una clasificación de los mismos. Se prosigue con el repaso al posible encaje de estos en las fuentes del Derecho y las obligaciones, haciendo luego hincapié en el carácter vinculante que se deriva de dicho posible encaje, y examinando algunas figuras vinculantes en las que podrían encajar. Dado que en dicho estudio se observa la implicación de ciertas categorías de teoría general como la relación jurídica, el deber, la causa o la autonomía de la voluntad, se hace una consideración del problema profundizando en las mismas. En esta primera parte, se busca igualmente una explicación filosófica y sociológica del fenómeno, capaz de dar una explicación para la segunda parte del trabajo.

En la segunda parte, partiendo de las ideas sobre fuentes y filosofía de la parte primera, se procede a examinar por un lado la inscribibilidad de los CDC y los efectos de la misma, incidiendo en el control de legalidad; y por otra en el desarrollo que hasta el momento ha tenido la autorregulación en el sector inmobiliario, en especial a través del código de buenas prácticas.

PARTE PRIMERA.-

LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN EL DERECHO CIVIL.

1. Los códigos de conducta y el Derecho civil

1.1 La autorregulación: delimitación del problema

Cuando nos referimos a la autorregulación, nos referimos normalmente a todos aquellos supuestos de reglas que, con una vocación de generalidad, tienen su origen en la voluntad de los sujetos autorregulados. Lo esencial a la hora de hablar de auto-regulación, es por tanto el origen de la reglas establecidas, no pudiendo en consecuencia considerarse auto-regulación aquellas en las que el consentimiento para que las mismas rijan no ha sido dado de forma directa por el sujeto regulado, sino por los poderes públicos. La fijación de un concepto de autorregulación es, con todo, complicada. Como señala la doctrina, “no es fácil dar un concepto unitario de autorregulación, por los múltiples matices que ésta pueda tener”¹³ (GARCÍA RUBIO).

En sentido estricto sólo podríamos considerar autorregulación a las reglas procedentes de los propios obligados. Dicha procedencia, con todo, no es necesariamente inmediata (participación del sujeto autorregulado en la elaboración de la norma), sino que en ocasiones es mediata (por ejemplo, en los casos de adhesión a una regla preescrita, o bien en los casos en los que una entidad- persona jurídica a la que se pertenece –asociación, sociedad mercantil...- ha establecido a través de los órganos legales o estatutarios de la misma una determinada norma de conducta y es necesaria una adhesión por otro instrumento para que la misma rija). Ahora bien, lo que en ningún caso podría suceder es que las normas auto-concedidas, sean establecidas por los

¹³ GARCIA RUBIO, M.P. “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 65, Nº 2130, 2011. Pág. 4.

poderes públicos u órganos constitucionales de un Estado. Si fueren los mismos los que redactan las normas que se consideran de autorregulación, sería preciso en todo caso un acto voluntario de adhesión por parte del sujeto normado, ya que en otro caso el prefijo “auto” carecería de todo sentido, pues sería un caso de regulación ordinaria a través de las fuentes del Derecho con fuerza de ley.

Partiendo de este concepto estricto de autorregulación, podemos observar que en la realidad hay una gran variedad de manifestaciones de reglas de origen voluntario. Así, hay que entender que forman parte de la autorregulación tanto los llamados (en sentido impropio tal vez) códigos¹⁴ en su variedad (deontológicos, de conducta, de buenas prácticas), pero también otro tipo de reglas generales o con vocación de generalidad en un ámbito (es decir, no únicamente referida a sujetos vinculados por un contrato). Ello nos permite abarcar tanto los códigos de buenas prácticas, de buen gobierno..., como otros instrumentos como los pactos parasociales, o las disposiciones sobre la conducta contenidas en los estatutos reguladores de comunidades o agrupaciones.

Todos estos fenómenos, que constituyen una realidad muy amplia, plantean no pocos interrogantes como los relativos a su efecto vinculante, su posible encaje dentro de las fuentes del Derecho o de las obligaciones, el control de legalidad de los mismos, y el tipo de publicidad que requieren para surtir efectos. Y es que dichos aspectos no son iguales en todos los casos de códigos de

¹⁴ Entre juristas se ha venido considerando estricto sensu que códigos son las leyes globales sobre una materia. En sentido impropio, no es infrecuente en el mundo editorial que las recopilaciones de leyes se presenten publicadas como códigos. El sentido en que aquí se emplea la expresión códigos es el relativo a los códigos de conducta cuyo valor y efectos se estudiará: un significado diferente del que venía empleándose para el significante código.

conducta, pues como ha observado REAL PÉREZ¹⁵, la expresión códigos de conducta se usa tanto para reglas que no pretenden vincular jurídicamente, para reglas que forman parte de una ley y para reglas voluntarias no exigidas por una ley, a las que se da publicidad, pero que sin embargo no llegan a aclarar su efecto jurídico, lo cual hace que planteen muchos más enigmas y problemas, y convierte su estudio en un tema de gran interés desde el punto de vista del Derecho civil.

1.2 Aproximación al fenómeno de los códigos de conducta

En los últimos años, han aparecido una serie de conjuntos de normas para orientar la actuación de muchas entidades del mercado y las de sus respectivos empleados o miembros. Dichos conjuntos son muy variados. Así, van desde códigos relativos al uso de bienes o códigos que marcan un comportamiento comprometido de los acreedores respecto de la situación de los deudores¹⁶, hasta normas sobre la conducta que observará un prestador de servicios respecto de los consumidores, pasando por normas de conducta que la Administración quiere que se potencien respecto de personas o entidades de un sector, hasta los llamados códigos de buen gobierno de las sociedades mercantiles.

Dichos conjuntos de normas inspiradores del comportamiento de los sujetos de un determinado ámbito son todavía una novedad, vistos desde la estructura tradicional del ordenamiento. En efecto, constituyen una realidad no siempre fácil de incorporar a las categorías normativas antes conocidas, pues

¹⁵ REAL PEREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010. Pág. 13.

¹⁶ Los cuales tienen una gran importancia desde el Derecho Inmobiliario, y serán objeto de estudio en la segunda parte del presente trabajo.

son muy diversos (como se verá enseguida al intentar establecer una clasificación de los mismos): en ocasiones proceden de las empresas con carácter individual, en otras son varias empresas las que se comprometen entre sí o por igual (normalmente mediante la pertenencia a asociaciones o confederaciones) de cara al público y no faltan los supuestos en los que, por exigencias de ciertas normas hoy vigentes, tiene lugar una intervención de la Administración fomentando la elaboración de dichos códigos o bien elaborándolos ella misma, si de regular la conducta de algún órgano de la Administración se trata. Ello ha llevado a cierta doctrina a afirmar que la determinación de la naturaleza jurídica de los CDCs viene dificultada por la gran cantidad de tipos de códigos existentes, por el altísimo riesgo anfibiológico del concepto (se presta a la equivocidad) y porque existen muchos otros significantes para referirse a los mismos (así códigos deontológicos etc) ¹⁷. Se entiende por ello que no es posible darles un tratamiento único pues su valor jurídico no siempre es el mismo¹⁸.

¹⁷ CAVANILLAS MÚGICA, S. “Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones”. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 237-238. A decir de CAVANILLAS, “Hay códigos de conducta colectivos, de asociaciones o grupos empresariales, pero también pueden admitirse códigos de conducta individuales ...Hay códigos de conducta “públicos”, que el empresario presenta al exterior, por ejemplo, a sus usuarios, y códigos de conducta “privados”, protocolos de actuación de los trabajadores de una empresa que no son conocidos exteriormente. Hay códigos de conducta “administrados”, en los que hay una entidad de gestión, concesión, evaluación... del correspondiente sello que va anudado al código de conducta, y hay códigos de conducta “no administrados”, libres, meras propuestas de códigos que un empresario puede o no hacer suyos. Hay códigos de conducta “certificados” por la Administración Pública y hay códigos de conducta que no lo están. (Como en España creemos tan poco en el mercado, como tanto en la Administración Pública, el modelo que se ha adoptado en materia de códigos de conducta en el comercio electrónico con consumidores es el de un certificado de calidad de los sellos que otorga la Administración Pública si se cumplen unos requisitos que están incluidos en un Reglamento, también producido por la Administración). Hay códigos de conducta de materia comercial, otros cuyo contenido es la protección de datos personales, de contenido ecológico, sociolaboral, solidario o de responsabilidad social, etc.

¹⁸ Al respecto añade DE LA CUESTA RUTE que “el fenómeno de la autorregulación no puede ser tratado como un fenómeno único. Sus distintas manifestaciones según sea la materia o el ámbito material que constituya su objeto merecen una valoración jurídica diferente”. CUESTA RUTE,

Ante tal situación, los CDCs están siendo paulatinamente objeto de estudio, de modo que poco a poco se van perfilando algunas ideas acerca de cuál es el papel que han de jugar a la hora de vincular a los ciudadanos y las empresas que los emplean.

Con todo, aunque no todos los que se han introducido en esta realidad novedosa han llegado a la misma conclusión (cierta doctrina reconoce a los códigos el carácter de normas generales en tanto otros prefieren estudiarlos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad), empiezan a sentarse ideas comunes sobre los problemas que se plantean.

En el orden de su eficacia, algunos autores abogan directamente por la invocabilidad de los CDC ante los tribunales¹⁹. Otros en cambio, sin llegar a considerar a los códigos como fuente de obligaciones o de Derecho, entienden que en todo caso se debe producir su exigibilidad, lo cual lleva a explorar vías diversas. Vías que van desde plantear su eficacia como obligación surgida de la ley (lo cual nos llevaría a plantearnos el papel que ocupan dentro de las fuentes del Derecho), o bien como obligación nacida de otras fuentes de las obligaciones. En el primer caso habrá que estar a la ley vigente. Sin embargo, en tanto la inmensa mayoría de los códigos de conducta no son normas vigentes que puedan ser incluidas dentro del papel que la ley ocupa en el marco de las fuentes del Derecho (art. 1 CC), sino más bien acuerdos privados, será en el marco del Derecho de obligaciones donde habremos de estudiar esta materia: determinando en qué medida deben ser vinculantes y si ello es o no adecuado,

J.M^a. “La autorregulación como regulación jurídica”. Intervención en el I Congreso Códigos de Conducta y Mercado. Madrid 2007. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010. Pág. 36.

¹⁹ Así ha ocurrido en relación al Código de Buenas Prácticas de las entidades de crédito que se examina en la parte final.

teniendo en cuenta los límites que la ley marca a la autonomía de la voluntad, ex art. 1255 CC. Además, el único concepto “legal” de los CDCs existente hasta el momento²⁰ excluye expresamente el que sus normas sean impuestas²¹ por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.

Junto al problema relativo a su carácter obligatorio, se plantea el problema de su legalidad y de la legitimidad de las entidades que los redactan para redactarlos. Por ejemplo, en el caso de los CDC que se redactan para su observancia por las entidades o prestadores de servicios que forman parte de una asociación o federación, se ha planteado el problema de saber en qué medida pueden ser impuestos y si van a suponer o no una vulneración de las reglas relativas a la competencia.

En cualquier caso, los códigos pretenden incorporar normas de comportamiento. Si estas no son efectivas (y se puede discutir sobre el grado de efectividad), como ya hemos indicado de poco valdrán, por defecto. Y si, por exceso, siendo vinculantes introducen normas ilícitas, habrá que contar con algún mecanismo para evitarlo. De modo que si pretendemos que los códigos sean eficaces, habrá de buscarse que sean vinculantes (entendiendo vinculante

²⁰ Se contiene en el art. 2 de la Directiva 2005/29 de 11 de Mayo, que se verá más adelante en el apartado titulado “concepto legal de código de conducta”.

²¹ Habría que plantearse si, sin imposición, pueden ser propuestas, inducidas, persuadidas o fomentadas por las propias leyes, y en tal caso qué valor tienen dichas normas de persuasión, aspecto del cual nos encargaremos al analizar los códigos en relación a las fuentes de las obligaciones.

tanto en el sentido de vínculo jurídico como en el sentido de producción de efectos, aun sin estar claro el vínculo jurídico²²) y que sean lícitos²³.

La necesidad de licitud y eficacia parece servir de inspiración a ciertas leyes que han acogido a los CDC como un instrumento apropiado en la realidad que pretenden regular. A título de ejemplo, podríamos mencionar el artículo Artículo 12 de la Ley General Audiovisual 7/2010, de 31 de marzo (en adelante LA), que dispone que

“Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración. Dichos códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual o colectivo.

2. Cuando un prestador apruebe un código por sí solo, o bien en colaboración con otros prestadores, o se adhiera a un código ya existente²⁴, deberá comunicarlo tanto a las autoridades audiovisuales competentes como al organismo de representación y consulta de los consumidores que correspondan en función del ámbito territorial de que se trate. Para los prestadores de ámbito estatal, dicho órgano es el Consejo de Consumidores y Usuarios. La autoridad audiovisual verificará la conformidad con la normativa vigente y de no haber contradicciones dispondrá su publicación.

3. Las autoridades audiovisuales deben velar por el cumplimiento de los códigos y, entre éstos, del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

4. Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los

²² Aspecto sobre el cual profundizaremos más adelante al tratar de casos de códigos cuya principal eficacia es moral más que jurídica.

²³ A este respecto señala TRÍAS PINTÓ: “en múltiples ocasiones las empresas generan instrumentos de autorregulación, como es el caso de los CDC, pero con el paso del tiempo no se revisan, pierden vigencia. Para evitar esta pérdida de eficacia, es preciso establecer fórmulas de seguimiento y evaluación de los CDC, valorar periódicamente su correcta aplicabilidad y, en su caso, ajustar y adaptar los mismos a los nuevos escenarios y circunstancias de la empresa” TRÍAS PINTÓ, C. “Códigos de conducta: protección y posicionamiento de los consumidores”. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010. Pag. 245.

²⁴ Se contemplan por tanto 3 posibilidades que nos dan una pista sobre los modos de producción de los CDCs: elaboración propia, elaboración colectiva, y adhesión al código elaborado por terceros.

efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto”.

El precepto, por tanto, opta directamente por establecer mecanismos para el control de legalidad y para alcanzar el deseado cumplimiento de los CDC: las referencias a la tutela del cumplimiento por los poderes públicos, son constantes, con el establecimiento de obligaciones de comunicación y una referencia al deber de la autoridad competente de “*velar por el cumplimiento*”.

El Art. 37 de la Ley de Competencia Desleal contiene también previsiones²⁵ al respecto al decir que

“Las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.

2. Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios.

3. Las Administraciones públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin.

4. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente.

²⁵ Como indica MIGUEL ASENSIO, lo que se pretende es suscitar confianza en el mercado del comercio electrónico. Cfr. MIGUEL ASENSIO, P.A. *Derecho Privado de Internet*. 4ª edición. Cívitas, Cizur menor 2011., Pags. 373 al 377, que analizan los CDCs en relación con la competencia desleal.

5. El recurso a los órganos de control de los códigos de conducta en ningún caso supondrá la renuncia a las acciones judiciales previstas en el artículo 32”.

Consideradas las dudas sobre el valor y efectos de los CDC, y la finalidad a la que pretenden servir (que demanda un valor y efecto), podríamos preguntarnos qué mecanismos ofrece nuestro marco legal vigente. También podríamos preguntarnos qué sucede cuando no se obtiene ese efecto jurídico vinculante (lo cual nos lleva al problema del valor de los CDC que no vinculan nada más que moralmente, y el de aquellos que pretenden ser Derecho, pero sin sanción, supuesto al que parecen referirse otras Leyes como la de mediación²⁶). Procurando ofrecer una respuesta (una de muchas posibles), analizaremos en las páginas siguientes el encaje que día de hoy pueden tener los CDCs en las fuentes del Derecho y de las obligaciones, así como las posibilidades que, partiendo de las mismas, existen en nuestro Derecho para dotar a dichos CDCs de efecto vinculante y proporcionar el control de legalidad a que estos podrían estar sometidos, con una especial referencia al control que se podría proporcionar a través de los Registro jurídicos y los efectos que dicho control generaría. Todo ello, será finalmente aplicado al supuesto de los códigos que actúan en el mercado inmobiliario, como supuesto donde la aplicación es posible. Antes de entrar en todos estos apartados, será preciso procurar clasificar la gran variedad de códigos existentes.

²⁶ El Art. 12 de la misma, bajo la rúbrica “Calidad y autorregulación de la mediación”, señala que “El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos”.

1.3 Clasificación de los códigos de conducta

Como hemos señalado y ha apreciado la doctrina, los códigos de conducta no siempre son de elaboración privada ni siempre tienen el mismo ámbito²⁷. Ello ocasiona problemas a la hora de poder elaborar una teoría sobre los mismos. Procurando reducir la amplitud del fenómeno a unas pocas categorías, podríamos diferenciar:

1.3.1 Códigos de conducta procedentes del legislador: insertos en una ley o llamados por una ley como anexo

En primer término, deberíamos señalar que algunos Códigos de conducta proceden del legislador. Tal es así que son ya varias las disposiciones que exigen la utilización de los mismos a fin de lograr mejor ciertos objetivos necesarios en determinados ámbitos²⁸ o bien contienen llamadas a la moderación²⁹ que bien

²⁷ La propia ley contempla que el origen de los mismos sea público o privado alternativamente. El Art. 12 LOPD comienza diciendo que “*Mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa*²⁷, los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupen, podrán formular códigos tipo”. Se contemplan por tanto la creación privada (ya sea unilateral por decisión de empresa, ya plurilateral, por convenios) como la creación administrativa.

²⁸ Sin pretensión de exhaustividad, y entre las más generales, podemos citar:

1º La Directiva 2005/29/CE de 11 de Mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los comerciantes y clientes en el mercado interior.

2º La Directiva 97/55/CE de 6 de Octubre sobre publicidad engañosa.

3º La Resolución del Parlamento Europeo de 13 de Marzo de 2007 sobre responsabilidad social corporativa.

4º Directiva 2006/123/CE relativa a la calidad de los servicios en el mercado interior.

5º La Directiva 2008/122 de 14 de Enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

6º Recomendación de la Comisión, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

7º Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los

podrían articularse por medio de normas de autorregulación. Tales normas han

Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

8º Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de noviembre de 2008, sobre la protección del consumidor: mejora de la educación y la sensibilización del consumidor en materia de crédito y finanzas.

9º Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio.

10º Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva Texto pertinente a efectos del EEE.

11º Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

12º Directiva 2003/125/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses.

13º Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado.

14º Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

15º Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

16º Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

17º Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

18º Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

19º Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

20º Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

²⁹ Como las Directivas 2013/36/UE de 26 de Junio o 2014/17/UE de 4 de Febrero sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que se considerarán en el apartado final.

comenzado en el ámbito del Derecho comunitario y, por exigencias del mismo, están pasando a formar parte del Derecho vigente de los Estados miembros³⁰.

En la medida en que los CDC de que tratamos proceden de quien ostenta la legitimidad para la elaboración de las leyes, se puede llegar a cierta confusión³¹ sobre si nos encontramos con una ley propiamente o si más bien

³⁰ En concreto en España algunas normas se refieren a los Códigos de conducta, como por ejemplo la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos Personales (art.32); la Ley 34/2002, de 11 de Enero sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (art. 18, que ha sido modificado por la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información); el Reglamento del Registro de Fundaciones aprobado por R.D.1611/2007 de 7 de Diciembre (art. 10); Los Artt. 52 a 54 de la Ley 7/2007 de 12 de Abril por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público.

En este punto debemos hacer mención especial a dos leyes que han sido objeto de reciente modificación:

1º La Ley 3/1991 de 10 de Enero, de competencia desleal, cuyos Artículos 37 a 39 se refieren específicamente a los Códigos de Conducta. Dichos Artículos han sido incorporados a la misma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Esta Ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Disposición Final 3º). En relación a la autorregulación, dice la exposición de motivos “Se introduce un nuevo capítulo destinado a regular los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria, actualmente contenida en las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE y 2001/310/CE y, como tales, notificados a la Comisión Europea de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a la red comunitaria de órganos nacionales de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente. Esta regulación incluye el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando estos fomenten actos desleales”.

2º La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, cuyo artículo 12 contempla específicamente la autorregulación.

³¹ Como se verá al tratar del tema en el capítulo final en relación con el mercado inmobiliario, la doctrina no tiene en absoluto claro que estemos ante instrumentos de autorregulación, ni tampoco que se trate de una norma con la eficacia normal de una ley. A juicio de URÍA, es criticable que se encuadren dentro de la autorregulación instrumentos que proceden del poder (URÍA FERNÁNDEZ, F. “Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria”. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 312). Refiriéndose en concreto al Código de Buenas Prácticas de las entidades de crédito, ALONSO PÉREZ considera que el hecho de que se incluya en un

estamos ante una norma de conducta sin los efectos vinculantes propios de una ley y a la misma ley se remite (que llamaremos “códigos llamados por una ley”³²), cuestión de la que nos encargaremos más adelante.

1.3.2 Códigos de conducta procedentes de los particulares.

Junto a los anteriores, hemos de referirnos a los que proceden de los particulares. Códigos éstos que no siempre son iguales, debiendo diferenciarse:

1.3.2.1 Dados o asumidos³³ por los sujetos autorregulados para si mismos

Primero, los Códigos que una entidad (por ejemplo, una sociedad anónima) dicta para si misma en su conducta. Estos códigos plantean un problema muy interesante y es en qué medida, pese a la unilateralidad de su redacción, pueden ser exigibles por terceros y que concreta exigibilidad se producirá.

1.3.2.2 Dados por una entidad para sus miembros

Asimismo, hemos de mencionar los códigos que se dictan por una entidad para sus miembros- persona jurídica: por ejemplo, el código a observar en sus relaciones con clientes por los prestadores de servicios asociados en una asociación de cierto sector. En estos casos, nos podemos encontrar con el problema de que la redacción del código ya no corresponde al sujeto

Real Decreto Ley, es determinante de que no podamos considerarlo un CDC propiamente tal (cfr. ALONSO PÉREZ, M.T. “El código de buenas prácticas de reestructuración viable de la deuda con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de endeudamiento de los particulares”. *Revista de Derecho civil*. Volumen II, número 2. Abril- Junio 2015. Pág. 35 y Pag. 36 (en especial, respecto del valor de ley, nota 13).

³² Ver la parte del capítulo siguiente referente a la materia.

³³ La redacción o la mera asunción del CDC no creo que deban dar lugar a dos categorías (el Art. 12.1 LA contempla tanto la auto-promoción del CDC como la adhesión al mismo), pues a efectos de la generación de deberes, la base del deber es la misma: la prestación del consentimiento voluntario dentro de los límites legales.

autorregulado, sino que es una entidad sin la legitimidad del legislador la que impone normas de conducta sustentadas en el vínculo de pertenencia a la entidad que las dicta, lo cual plantea necesariamente el interrogante sobre si es o no competencia de una entidad (normalmente asociativa) imponer un CDC, en tanto el mismo excede del ámbito de los deberes asociativos y de la regulación de la vida interna de la asociación.

Una situación similar sería la que se produciría cuando los Códigos regulan el comportamiento de personas que forman parte de una organización (por ejemplo, el código de conducta de los trabajadores de una empresa): hay un vínculo jurídico (normalmente el contrato laboral) y hay que plantearse si el código entra o no en el contenido del mismo.

1.4 El concepto legal de código de conducta

Además de procurar una clasificación de los códigos, debemos procurar fijar un concepto de los mismos sobre el cual trabajar. Rastreando diferentes webs, se pueden ver definiciones varias³⁴.

Un concepto de elaboración oficial de código de conducta se contiene en el art. 2 de la Directiva 2005/29 de 11 de Mayo³⁵, a cuyo tenor es “código de conducta” el *“acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se*

³⁴ Como por ejemplo “Declaración formal de los valores y prácticas comerciales de una empresa y, algunas veces, de sus proveedores. Un código enuncia normas mínimas y el compromiso de la empresa de cumplirlas y de exigir su cumplimiento a sus contratistas, subcontratistas, proveedores y concesionarios”. En definiciones relacionadas con la responsabilidad empresarial: <http://www.dellacasacastillo.com/glosario.htm> (consultado el 10 de Septiembre de 2015).

³⁵ Dicha Directiva ha sido incorporada al Derecho interno español por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”.

Obsérvese que se comienza por una delimitación negativa: no se entiende como códigos de conducta las normas impuestas (no excluye las persuadidas por una ley, por tanto) por la ley. Ello implica una delimitación importante y nos sitúa ante el problema de saber en qué medida son exigibles los códigos procedentes de una disposición legal³⁶.

Por otra parte, la definición no fija la procedencia del CDC. Dice que los comerciantes se “*comprometen*” a cumplir el Código en relación a una o más prácticas. No se indica con quien se comprometen, y tampoco determina que el código haya ser obra de la entidad autorregulada, lo cual introduce muchas posibilidades coincidentes con la clasificación que hemos establecido.

Asimismo, debemos señalar que se trata en todo caso de una norma de conducta (“*se define el comportamiento*”). No es por tanto una obligación de resultados, sino de medios lo que se pretende que nazca por medio del código.

La definición plantea no pocos problemas a la hora de ubicar los CDC en las fuentes de las obligaciones y pueden plantear hasta qué punto estamos ante una fuente de Derecho. Sobre dichos problemas volveremos más tarde, procurando abordar el efecto vinculante que la subsunción de los CDCs en una u otra categoría pueda producir.

³⁶ Como el Código de Buenas Prácticas de las Entidades de Crédito contenido en el Real Decreto 6/2012, del que nos encargamos en el último capítulo.

La definición de la Directiva nos sirve, con todo, para poder fijar un concepto según aparece en una disposición. Un concepto que está en una disposición sobre prácticas comerciales, lo cual necesariamente limita la definición, pero que nos sirve en cuanto tres elementos básicos:

1º Debe ser un “*conjunto de normas*”

2º en las que “*se define el comportamiento*”

3º que ciertas personas o entidades “*se comprometen a cumplir*” en un ámbito cualquiera.

4º Pero en todo caso, se trata de disposiciones “*no impuestas*”.

El origen del conjunto de normas y el grado de compromiso (su efecto legal) es variable, como se ha visto al elaborar la clasificación. Esos tres elementos suelen ser comunes a los diferentes tipos de códigos.

1.5 Ámbitos del Derecho civil para los que interesan los códigos de conducta

De esta mínima aproximación y clasificación, bien puede extraerse que el tema de los CDC plantea no pocos problemas que pueden ser interesantes desde el Derecho civil³⁷. Por un lado, cabría plantearse, como ya ha hecho cierta

³⁷ Entendido este, según como se considera en la cambiante distribución de ramas del Derecho, como Derecho privado general en el que se estudia la estática (personas, bienes) y dinámica (obligaciones, sucesiones), de las relaciones jurídicas privadas.

doctrina³⁸, en que medida la irrupción del fenómeno altera en algo el sistema de fuentes del Derecho hoy conocido.

Por otro, cabría valorar el encaje de los CDC entre las fuentes de las obligaciones, determinando cuando y como los CDC dan lugar a relaciones obligatorias.

En tercer lugar, dado que las reglas procedentes de los CDC surten en ocasiones efectos que (aun sin relación obligatoria que les vincule) pueden interesar a terceros, cabría plantearse la conveniencia o inconveniencia de su publicidad a través de los Registros jurídicos (en tanto no sean objeto de otra forma de publicidad oficial como los boletines oficiales), así como el efecto que la misma haya de producir.

La clarificación de estos aspectos civiles, será esencial para poder ofrecer una visión de cómo actúan estos CDC en un ámbito de la realidad regido por el Derecho civil: el mercado inmobiliario.

³⁸ Vid. GARCIA RUBIO, M.P, “Responsabilidad social....”. *Ob. Cit.*, así como las aportaciones de MALUQUER DE MOTES y otros autores que se verán al analizar el problema en el ámbito de las fuentes del Derecho.

2. Códigos de conducta y fuentes del Derecho

2.1 Los CDC insertos en normas con fuerza de ley: Códigos que son ley y códigos “llamados por la ley”

Para comenzar el análisis de la posición de los códigos de conducta en la clasificación de la fuentes del Derecho, debemos partir del art. 1 del Código Civil (en adelante CC), que reconoce cómo fuentes del Derecho a la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Analizando las normas hoy en vigor, cabría la posibilidad de que la ley estableciese un código de conducta en el texto de la misma. Tal es el caso, por ejemplo, de los Artículos 52 a 54 de la Ley 7/2007³⁹, reguladora del estatuto

³⁹ “Artículo 52 Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta. *Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.*”

Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos”.

Artículo 53 Principios éticos .1. *Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.*

2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.

3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.

4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.

7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.

8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.

9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.

10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.

11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

Artículo 54 Principios de conducta 1. Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.

2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.

3. Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.

4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

5. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación.

6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.

7. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

8. Mantendrán actualizada su formación y cualificación.

9. Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.

10. Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada

básico del empleado público, en los cuales se contiene un código de conducta para los funcionarios⁴⁰. MALUQUER, constando que determinados CDC forman parte de la ley, afirma que éstos son “directamente ley”⁴¹.

Sin embargo, el propio autor señala que en ocasiones hay códigos que son “llamados por una ley”. Tal sería el caso del código de buenas prácticas de las entidades bancarias regulado por el Decreto-Ley 6/2012, de 9 de Marzo, del cual nos encargaremos más adelante, o bien de los CDCs previstos en el Art. 37 de la Ley de Competencia Desleal. En tal caso, no podemos decir que nos encontremos propiamente ante una norma con fuerza de ley. ¿Qué sería entonces lo que nos ocupa? A priori, una norma no vinculante en sentido jurídico coactivo. Norma que requiere una explicación, sobre la cual profundizaremos más adelante en la parte dedicada a la Filosofía del Derecho. Como anticipo de la misma, debemos partir de la idea de que la construcción de una república madura requiere de la plena realización del Derecho, no sólo a través de la coacción, sino a través del cumplimiento no forzado que se logra en la gran mayoría de los casos (lo cual implica considerar la idea de *vis directiva*, recuperada por DE CASTRO de Francisco SUÁREZ). Sin embargo, dicha consecución de comportamientos virtuosos no puede lograrse sólo mediante

competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.

11. Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio”

⁴⁰ PARADA señala que se ha querido seguir la estela de las empresas privadas a la hora de generar una buena imagen de la Administración, lo cual no viene sino a confirmar el valor y papel que tienen y han de tener los CDCs. Cfr. PARADA ALVAREZ, R. *Derecho Administrativo I*. OPEN, Madrid 2013.

⁴¹ MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J. “Los Códigos de conducta como fuente de Derecho”. *Derecho Privado y Constitución*, num.17. Enero-Diciembre 2003. Pág. 375.

leyes, pues ello obligaría al Estado a un perfeccionismo que originaría hiper-legislación y que además no terminaría de dar sus frutos en tanto no contase con una costumbre que secundase los comportamientos de la ley. Por tanto, lo que hace falta es un Derecho que además de obligar persuada, siendo la persuasión extensiva a más ámbitos que la obligación procedente de leyes coactivas⁴². Entonces los códigos de conducta “llamados por una ley”⁴³, serían la persuasión que el legislador lleva a cabo para suscitar la generación de ciertas costumbres⁴⁴, que logren comportamientos que, reputándose valiosos, no se considera en cambio conveniente, posible o lícito imponer. Y no se considera conveniente ni lícito, o bien porque en un esquema liberal, en un Estado de Derecho sujeto a los límites constitucionales, hay comportamientos que no se consideran susceptibles de imposición, o bien porque hay aspiraciones que no se pueden reconducir a un cumplimiento taxativo, sino que se cumplen en grado⁴⁵. Este parece ser, por ejemplo, el sentido del Art. 12 de la Ley Orgánica de Protección de Datos o del Art. 75 de su Reglamento, o el sentido del Art. 6 de la Directiva 25/2009 cuando contempla que se fijen aspiraciones y no compromisos medibles.

Éste fenómeno de los códigos llamados por una ley, plantea con todo algunos problemas a la hora de determinar sus contornos. En efecto, dicha

⁴² Este es el planteamiento que hace GOMÁ desde la teoría de la ejemplaridad, el cual tiene consecuencias interesantes para la articulación de la relación ley- costumbre, según se expondrá más ampliamente.

⁴³ En acertadísima expresión de MALUQUER, *Ob. Cit.* Pág 375.

⁴⁴ A modo de *continuum* de la ley, como llama GARCIA RUBIO, (Cfr. GARCIA RUBIO, M.P. “Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 66, Nº 2141, 2012, pág. 11).

⁴⁵ Lo cual deriva de la diferenciación que hace ALEXY entre normas y principios, situándose la ley entre las normas, y los CDC entre los principios, como explicaremos más detenidamente.

prolongación persuasiva del efecto de la ley resulta difícil de comprender en un esquema rígido de fuentes en el cual se platease el problema de la aplicación coactiva. Algunos directamente considerarían que el código llamado por la ley, es ley en si misma, y por tanto participa de la misma obligatoriedad *ex vis coactiva* que la ley. Otros podrían ser más finos y podrían plantearse que se trata de costumbres *secundum legem* a las que se remite la propia ley, las cuales, en tanto legales “suben de rango y ocupan el que le asigna la ley remitente” (ALBALADEJO)⁴⁶. Todas estas teorías parten de la consecución de un resultado coactivo, de lograr una fuerza vinculante por la coacción. Sin embargo, como se verá al procurar ubicar el fenómeno en el ámbito de la Filosofía del Derecho, de lo que tratamos es más bien del problema de los deberes jurídicos no coactivos; y no estamos tanto en el terreno de la aplicación coactiva sino de la aplicación voluntaria que demanda la ejemplaridad. No sería por tanto, únicamente un “test de incumplimiento” (ver la reacción del Derecho cuando no se cumplen) lo que deberíamos hacer⁴⁷, sino tal vez un test de cumplimiento, viendo que pasa cuando se logra el comportamiento deseado, y como el camino de la ley junto al CDC, de la regla junto a la pauta conforme al principio, son útiles para el resultado final⁴⁸.

Por otra parte, hemos de valorar que en ocasiones los CDCs proceden del poder, pero no son propiamente disposiciones con rango de ley, sino resoluciones con rango de acto administrativo que pretenden lograr determinadas conductas. Estos códigos a veces también son llamados por ley,

⁴⁶ ALBALADEJO, *Derecho civil*. Tomo I. Volumen 1º, cap. 15, 6, Pág. 106.

⁴⁷ Como sugiere GARCIA RUBIO, Ob. Cit. Pág. 13

⁴⁸ Con todo, es evidente que nos situamos en un terreno en el que los límites del Derecho y la Moral resultan algo confusos.

pero de forma diferente, pues es una suerte de remisión, y se trata de códigos creados por el propio poder. Con todo, la explicación que se pueda lograr sobre su valor normativo es sustancialmente la misma: a base de un adecuado equilibrio entre *hard* y *soft law*, se logran resultados más efectivos⁴⁹. Éste es por ejemplo el caso de la Resolución de 30 de Diciembre de 2002⁵⁰, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se dispone la publicación del Código de Conducta para la protección de los Servicios de Tarificación Adicional⁵¹. Dicho código tiene por objeto “*fijar normas de conducta que aseguren la protección de los intereses de los usuarios, la transparencia y la leal concurrencia en la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes*”. Sus disposiciones, dejan claro que se trata de un código vinculante. Sin embargo, no estamos ante una ley, ni disposición con el valor de la misma. Y por otra parte, su Art. 6 dispone que las controversias a que de lugar su aplicación se resolverán ante la Junta Arbitral de Consumo o bien ante los Tribunales. En éstos casos, por diferencia con los CDC llamados por una ley de elaboración privada, además de clarificar el valor normativo (ley, o llamados por la ley), habría que plantear que se pueden plantear los problemas de legalidad diferentes, pues serán los

⁴⁹ Una construcción dogmática del *soft law* público puede verse en SARMIENTO, D. *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Civitas, Cizur menor 2008. Págs. 96 y ss y 168 y ss.

⁵⁰ Publicada en el BOE nº 180, de 27/07/2009. Modificada por la Resolución de 2 de julio de 2010 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, BOE nº 178 de 23/07/2010.

⁵¹ Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (601/2005 de 21 junio. JUR 2005\231815) resaltó, aplicando las disposiciones del Código a Telefónica, pretendiendo ésta la anulación de un laudo, que el código revela la “verdadera intención del legislador al regular esta materia”.

propios de las exigencias de jerarquía normativa y demás del Derecho administrativo⁵².

2.2 Los códigos de conducta y la costumbre

2.2.1 Planteamiento: la reivindicación de la costumbre en la teoría de la ejemplaridad

Planteados el extraño esquema de los CDCs “llamados por una ley”, y dada su conexión con la costumbre, debemos ahora entrar en el estudio de esta. Para una aproximación a la misma acorde al tema, podemos comenzar por poner nuestra atención (anticipándonos a la parte filosófica que cierra la primera parte de este trabajo) en la reciente reivindicación de la costumbre entre las fuentes del Derecho por parte de la Filosofía. La conocida como “teoría de la ejemplaridad” de GOMÁ LANZÓN⁵³, considera, a partir del principio de facticidad, que la única forma viable en la práctica de lograr una comunidad jurídica madura, sería la de suscitar costumbres virtuosas que secundasen la aplicación de las leyes. Todo ello parte de algo afirmado por determinados juristas, tanto españoles como extranjeros, tanto privatistas como publicistas, en el sentido de que sin una costumbre virtuosa no es posible construir una *polis* madura. A los alegatos a favor de la costumbre que, tras su supresión como fuente del Derecho en el *Code* de Napoleón, surgieron de diferentes lugares de Europa y que en España tuvo en Joaquín COSTA uno de sus grandes

⁵² Aspectos estos de los códigos en disposiciones administrativas, de los cuales nos encargaremos más adelante.

⁵³ Premio nacional de ensayo 2004 por *Imitación y experiencia*.

valedores⁵⁴, hemos de unir ahora la reivindicación que en aras de la ejemplaridad pública se lleva a cabo por GOMÁ bajo el sugerente título “coacción vs persuasión: o sobre la articulación ley costumbre”⁵⁵.

La adecuada explicación de lo que son los códigos de conducta “llamados por la ley”, requiere considerar que para la construcción de la *polis* se requieren costumbres generadoras de conductas virtuosas. Unas costumbres que comienzan por generarse a partir de la conducta virtuosa de ciertos sujetos (agentes del mercado, diríamos hoy), lo cuales tienen, a decir de CICERÓN el oficio de, por su virtud y prudencia, “excitar” en sus semejantes sus “naturales inclinaciones prontas y dispuestas a acrecentar la felicidad común”⁵⁶. Ésta generación se lleva a cabo normalmente por la moral del pueblo. Una moral que, dado que la generación de las normas morales en las sociedades de masas dista mucho de lo tradicional, necesita del Estado en un papel mucho mayor en la edad contemporánea. El Estado, además de imponer, habría de persuadir (según este planteamiento) determinados comportamientos. Determinados comportamientos que, eso si, sólo serán llevados a la práctica en tanto a la vez, una determinada costumbre popular obligue a ellos por reputarlos valiosos.

Lo anterior nos conduce al estudio de los CDCs como costumbre, que es como los han considerado ciertos autores (así MALUQUER DE MOTES⁵⁷),

⁵⁴ Cfr. COSTA, J. *El problema...Ob. Cit.* Cap. IV.

⁵⁵ Cfr. *Ejemplaridad pública, ob. Cit.* Cap. 18, páginas 151 a 160, algunas de cuyas consideraciones para la explicación filosófico- jurídica del fenómeno autorregulatorio, se destacan en el primer capítulo.

⁵⁶ *Sobre los deberes*, II, 5.

⁵⁷ A juicio de quien los Códigos de Conducta “son un estilo, son usos normativos o legislativos. Son una forma de hacer que se crean en el marco de una comunidad de empresas, o en una asociación de éstas, o en un sector de actividad determinado. Y, en la medida en que los asumen,

aunque sobre el particular no hay unanimidad en la doctrina, pues no todos⁵⁸ terminan de ver claro que los CDC puedan ser realmente costumbres.

A mi modo de ver, si tenemos en cuenta la problemática que plantea el fenómeno autorregulatorio, podemos decir que la consideración de los CDCs como costumbres plantea ciertos interrogantes. En otro momento⁵⁹, he defendido que los CDC no debían considerarse como costumbres en tanto dicha consideración plantea problemas probatorios (art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil exige la prueba de la costumbre para su aplicación por los tribunales⁶⁰), y daba lugar a resultados inseguros si en la generación de efectos vinculantes

es obligatorio para todos sus miembros. Como no atenta a la libertad, ni a la moral ni al orden público, puede decirse que constituyen una norma originaria creada por un conjunto de personas o entidades y a la que se someten sus propios creadores de forma absolutamente voluntaria. Para constituir y regular las relaciones y los problemas entre las personas puede establecerse por el Ordenamiento Jurídico unos mecanismos absolutamente impositivos, o bien permitir que sean los propios individuos quienes principalmente constituyan de forma voluntaria sus relaciones, con un cierto control y dentro de ciertos límites. El mecanismo principal para llevar a cabo tal regulación de intereses lo constituye la declaración de voluntad dirigida a la obtención de un efecto que, en la medida en que es exteriorizado, es reconocido y se le atribuyen determinados efectos jurídicos. Consiguientemente, la declaración en cuanto se exterioriza y está en consonancia con las determinaciones legales, da lugar al nacimiento de una norma” (MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J. “Los Códigos de conducta...”. *Ob. Cit.* Págs. 361 y ss).

⁵⁸ A juicio de DE LA CUESTA “llegados al trance de tener que adscribir a un determinado *locus* dentro del derecho el fenómeno de la autorregulación, forzoso es reconocer que no hay otra posibilidad que la de remitirlo al campo de la autonomía de la voluntad⁵⁸ desde el momento en que las normas que lo integran son de producción no estatal ni tampoco pueden estimarse usos sociales susceptibles de ser consideradas costumbres o, si se quiere rendir tributo a la terminología tradicional, usos normativos. Por lo que se refiere a esto último acaso no sea impertinente señalar que en las normas incorporadas a los códigos de conducta no se da ninguna nota caracterizadora de la costumbre; en efecto, si su manifestación por medio de una práctica social pudiera discutirse no es posible hacerlo respecto de la indiferencia del tiempo ni, menos todavía, por lo que se refiere a la convicción de que esa práctica constituye una regla de derecho necesaria ni tampoco por su racionalidad medida por su adecuación a la ley”. DE LA CUESTA, J.M^a. “La autorregulación como regulación jurídica”. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010, Pág. 36.

⁵⁹ Y tal vez desde una concepción demasiado kelseniana del Derecho.

⁶⁰ No así otras normas como el Art. 2 del Código de Derecho Foral de Aragón.

coactivos pensamos⁶¹. Sin embargo, si no pensamos sólo en una realización coactiva del Derecho, sino que contemplamos también la aplicación de la ley voluntariamente por parte de los ciudadanos⁶² y el papel directivo que para los ciudadanos cumplidores tiene la ley⁶³, podemos valorar adecuadamente el papel de la costumbre. Y es que si seguimos el esquema propuesto antaño por COSTA⁶⁴ (y reivindicado por GOMÁ en aras de la ejemplaridad) a la hora de articular la relación entre ley y costumbre, entonces la autorregulación tiene un gran papel que jugar como redacción que propone una costumbre *secundum* y *extra legem*, fundamentalmente en los casos de cumplimiento voluntario, sin que los problemas que pueda ocasionar el intento de aplicación coactiva de la ley o de la costumbre deban ser los únicos que se tengan en cuenta para estudiar el encaje entre las costumbres de los CDCs.

Para valorar el papel como costumbre de los CDC, creo que se deben eliminar los prejuicios⁶⁵ que frente a la costumbre se suelen tener por arrastre

⁶¹ Cfr. VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. *Autorregulación y publicidad registral*. Colegio de Registradores. Madrid 2010. Pág. 30.

⁶² Haciendo así, como sugeríamos antes, no sólo un test de incumplimiento, sino también un test de cumplimiento.

⁶³ Aspecto sobre el cual volveremos en la parte filosófica.

⁶⁴ Que es el de Covarrubias, Azpilcueta Navarro, Escobar, Caramuel y otros, que Costa cita en su favor (Cfr. *Ob. Cit*, cap. IV).

⁶⁵ Prejuicios que, no obstante, no puede decirse que sean comunes a toda la doctrina. Entre los manuales más recientes de Derecho, DE PABLO CONTRERAS, admite el gran papel de la costumbre en el presente en los siguientes términos: “desde un punto de vista sociológico, se ha afirmado como la uniformidad de los hábitos del mundo moderno, fomentada por los medios de comunicación, es difícilmente compatible con la vitalidad de la costumbre, ligada más bien a sociedades aisladas y poco comunicadas. Ello, sin embargo, acaso pueda referirse a la costumbre de ámbito territorial, pero no parece aplicable a la de ámbito funcional, por sectores de actividad: en este, la autonomía privada hace nacer constantemente soluciones nuevas que con frecuencia acaban convertidas en verdadera costumbre- norma; y, en todo caso, el que, por razones sociológicas, se reduzca la operatividad práctica de la costumbre, no resulta –a nuestro juicio- razón suficiente para negar a la misma la condición de fuente”. DE PABLO CONTRERAS et al. *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado y Derecho de la Persona*. COLEX, Madrid 2011. Pág. 116.

de una concepción kantiana del Derecho en la que la coacción y la jerarquía juegan un papel superior al que les atribuye la realidad. Si contemplamos la realidad sin prejuicios, resulta que en la vida práctica, para la inmensa mayoría de la gente, la costumbre tiene un poder normativo evidente. Su consideración como fuente de Derecho ha llevado a que la doctrina considere que se trata de una fuente independiente⁶⁶. Una fuente independiente que de acuerdo con el Art. 1 del CC está jerárquicamente sometida a la ley (lo cual es indudable en la actual redacción del Código). Ahora bien, dicho sometimiento no debe verse en el sentido negador de la costumbre que tuvieron los defensores de una visión del Derecho más “pura”⁶⁷ (en el sentido kelseniano), sino simplemente en el sentido de la prohibición de la costumbre *contra legem*⁶⁸. Tratándose de costumbres *extra legem*, es evidente que las mismas juegan un papel independiente pero complementario del de la ley, de gran importancia⁶⁹. Un papel que si se mira desde concepciones estrictas, coactivas, jerárquicas y muy estatistas, puede reputarse inseguro. Pero que ello sea así, o que lo haya sido en un momento determinado, no supone que sea el único criterio posible: no debe olvidarse que

⁶⁶ Como dijera DE CASTRO “la costumbre –puede decirse sin vacilación- cabe que exista al lado de la ley, como una fuente independiente”. DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*, Madrid 1984, pág. 379.

⁶⁷ Resulta muy clarificador, respecto de los problemas que pueda suponer la costumbre desde un punto de vista jerárquico DE PABLO CONTRERAS, al decir que “desde un punto de vista jurídico se viene incluso a negar a la costumbre, por algún autor, la condición de fuente, con fundamento en su dependencia respecto de la ley, que es la que al reconocerla o remitirse a ella, le traslada su fuerza de obligar. Más este argumento carece de fundamento, sencillamente porque ese es el único modo en que pueden suceder las cosas en un Estado de Derecho, caracterizado por la absoluta primacía del Derecho decidido o legislado: admitirlo conduciría a negar la condición de fuente también a la ley, que recibe su fuerza de obligar de la Constitución” (*Curso....Ob. Cit.* Pág. 116).

⁶⁸ Y aun respecto de esta han corrido ríos de tinta.

⁶⁹ Como han seguido recogiendo los manuales clásicos en sus versiones recientes, y también los manuales recientes. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, volumen I. Reus, Madrid 2005. Revisada y puesta al día por ROMÁN GARCÍA, A. Págs. 479 a 518. Entre los recientes el citado DE PABLO et al, y GARCIA RUBIO, M.P. *Introducción al Derecho civil*. Calamo, Barcelona 2012, Pág. 100.

el sistema de fuentes es mutable en el espacio y en el tiempo⁷⁰. A las consideraciones de seguridad, habría que unir las de eficacia, y es precisamente buscando más eficacia por lo que se promueve la autorregulación junto a la regulación.

2.2.2 El problema probatorio

Profundizando en el tema, para valorar el papel de la costumbre, creo que se deben eliminar los prejuicios basados en la dificultad probatoria que la costumbre pueda plantear. En efecto, la aplicación de la costumbre a la que estamos haciendo referencia, es una aplicación no coactiva. Una aplicación que llega por la puesta en práctica y a la que obliga la moral comunitaria. Ese y no otro debe ser el sentido del riesgo reputacional en que la regla “cumplir o explicar” (en que se apoyan los CDC) debe entenderse. No estamos discutiendo de una aplicación coactiva de costumbres *extra legem*, que sería la ocasionadora de problemas de prueba. Estamos discutiendo de una aplicación voluntaria⁷¹.

A ello deberíamos unir que normalmente los CDC son una propuesta (o compromiso de someterse a) de costumbre *secundum legem* y que, aun en ordenamientos donde se precisan plazos para la aceptación de las costumbre

⁷⁰ “El rango de las fuentes es un hecho histórico, dependiente de la organización política vigente” y que “no puede afirmarse la supremacía general de la costumbre ni de la ley” DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág 377.

⁷¹ No podemos olvidar que, como señaló DE CASTRO a la hora de intentar concretar los requisitos de la costumbre “no es precisa, sin embargo, su alegación o prueba mientras no sea contradicha su existencia, pues se presume, salvo demostración en contrario, la buena fe de todos en su observancia” DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 391.

(como el Derecho canónico⁷², cfr. Cánón 26⁷³), no se requiere plazo alguno para la generación de la costumbre *secundum legem*⁷⁴.

Aún partiendo de las dificultades probatorias que nos pudiera plantear el vigente sistema del Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento, no podemos olvidar las relativas facilidades probatorias que se van introduciendo en los regímenes forales que ofrecen un papel más pesado a la costumbre (cfr. Art. 2 del Código de Derecho foral de Aragón⁷⁵, la Ley 3 del Fuero Nuevo de Navarra⁷⁶ o la regla contenida en el Art. 1.2 de la Ley 5/2015 de 25 de Junio de Derecho civil foral del País Vasco⁷⁷).

Y finalmente, aunque lo que haya de probarse no es la existencia de un código, sino su observancia, no podemos dejar de señalar que necesariamente la exteriorización de una voluntad deliberada de observar cierta conducta puede

⁷² La concepción canónica del deber (que además de en ley es en conciencia, de modo que actúan conjuntamente *vis directiva* y *vis coactiva*) lleva necesariamente a una valoración de la costumbre más intensa en línea con lo demandado por la teoría de la ejemplaridad y por los defensores de la costumbre como COSTA. No es preciso que la ley diga todo, por cuánto no se siente el sujeto obligado sólo a la obediencia de la ley por sí misma y por coacción sino también por su fuerza directiva. Ello hace que la articulación ley- costumbre sea más sencilla, más realista, y menos rígida.

⁷³ “Exceptuado el caso de que haya sido especialmente aprobada por el legislador competente, la costumbre contra ley o extralegal sólo alcanza fuerza de ley si se ha observado legítimamente durante treinta años continuos y completos; pero, contra la ley canónica que contenga una cláusula por la que se prohíben futuras costumbres, sólo puede prevalecer una costumbre centenaria o inmemorial”.

⁷⁴ Según se desprende a contrario del propio Canon. Cfr. CENALMOR, D, MIRAS, J. *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico*. EUNSA. Pamplona, 2004. Pág. 127.

⁷⁵ El Art. 2 del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de Marzo, dispone que “1. La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés. 2. Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes”.

⁷⁶ El Art. 3 del Fuero Nuevo dispone “La costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general. La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales”.

⁷⁷ A cuyo tenor “La costumbre que no sea notoria deberá ser probada”.

ayudar considerablemente a tener por repetida la conducta descrita en el código.

Las anteriores consideraciones, deben ser asimismo valoradas desde los fines que se pretenden a través del fenómeno autorregulatorio. En mi primera aproximación al mismo, cuestioné que los códigos pudiesen encajarse en las costumbres, deviniendo fuentes de Derecho, en base al problema probatorio y a que tal vez el principal fin que se debía perseguir con la autorregulación era lograr coactivamente ciertos comportamientos, en aras de la seguridad del mercado y de conseguir una transformación efectiva de las conductas (efectividad que, en el orden teórico y *a priori*, parece más segura con la coactividad garantizada). En efecto, varios autores habían cuestionado los problemas que planteaban los CDCs a la hora de lograr su observancia, y no era en absoluto descabellado pensar que una aproximación a los mismos desde el Derecho debiese buscar la consecución del resultado coactivo (que según KELSEN caracteriza a lo jurídico). Siendo el resultado coactivo lo perseguido, es evidente que la costumbre juega en un terreno bastante más inseguro que el de las leyes publicadas y promulgadas.

Sin embargo, revisando esas primeras afirmaciones a la luz de la teoría de la ejemplaridad, del papel que en la consecución de la misma haya de tener la costumbre (lo cual es tanto como volver la mirada a la concepción clásica del Derecho, a Tomás de Aquino, Suárez, Costa, pero también a autores recientes de doctrina jurídica como Dworkin o de filosofía social como el citado Gomá⁷⁸), es evidente que la autorregulación no busca siempre y en todo caso un resultado

⁷⁸ Pensamientos en los que se profundizará en la parte de Filosofía.

por vía de la coacción, sino por vía del cumplimiento voluntario. Se trata de crear unas determinadas condiciones de voluntariedad, acordes a la idea de buena fe (principio general que no por *standard* de conducta ha dejado de estar claro). Se trataría, por tanto, más que de una exigibilidad en juicio, de un comportamiento en la realidad, de una eficacia del Derecho en esa inmensidad de casos en los que la ley se cumple voluntariamente. Importaría por tanto más la *vis directiva* que la coactiva: deberíamos hacer más un test de cumplimiento que un test de incumplimiento (qué efectos se logran cuando se cumple y no tanto cuando se incumple). Ello bien podría llevar a defender que los CDCs están llamado a jugar un gran papel como promotores de costumbres, no tanto por su fuerza coactiva, sino sobre todo por su fuerza directiva. Si, además consideramos el papel que al Estado se le concede respecto de la costumbre modernamente (no hay costumbre sin consentimiento del poder, se dice, de modo que esta tolerancia, más que la opinio iuris es lo decisivo)⁷⁹, tiene también su sentido el papel del Estado suscitando las costumbres por medio de normas persuasivas (a las que algunos llaman no vinculantes, y otros *soft law*).

2.2.3 Los códigos y los diferentes tipos de costumbre: los CDC como costumbre *secundum legem*

Considerada la costumbre, por tanto, sin prejuicios relativos a la coactividad, la jerarquía y la dificultad probatoria⁸⁰, debemos entrar a

⁷⁹ No debemos olvidar que, como señala DE CASTRO, no se dan sin que el poder lo consienta. Cfr. DE CASTRO, F. CASTRO Y BRAVO, F. de - *Derecho civil de España*. Civitas. Reedición facisimilar de la edición de 1949. Madrid, 1984. Pág. 389.

⁸⁰ Lo cual es mucho considerar, pero es lo que demanda la teoría de la ejemplaridad vista, que constituye un excelente punto de apoyo filosófico para el fenómeno autorregulatorio.

considerar el problema de los códigos respecto de las diferentes formas o tipos de costumbre.

Así, lo primero que debemos tener presente es que los CDC no pueden ser, con carácter general (pues habría que recordar las excepciones forales en ésta materia, cfr. Art. 3 del Fuero Nuevo de Navarra, y art. 2 del Código de Aragón, vs. Ley dispositiva, antes citados), costumbre *contra legem*. Ello nos devuelve a la coacción y la jerarquía, que no hay que desechar pues están presentes en nuestra ley. Además, la mera posibilidad de que un CDC sea costumbre *contra legem*, justificaría su control de legalidad, en los términos de los que nos encargaremos más adelante.

En segundo lugar, hemos de valorar que los CDC en ocasiones son costumbres *extra legem*. Como hemos visto, como tales su papel es muy valioso en tanto medio de perseguir un comportamiento acorde a los principios para casos que no están previstos expresamente por parte de la ley. Ahora bien, y reiterando lo dicho respecto de las *contra legem*, es evidente que un adecuado control de la legalidad puede contribuir a clarificar la validez de las mismas⁸¹.

Finalmente (y éste es tal vez el punto más complicado, pero a la vez en el que se puede apreciar con mayor claridad el papel de los CDC en el orden jurídico), debemos plantearnos que en muchas ocasiones, los CDC son una definición escrita⁸² de lo que se espera sea la costumbre *secundum legem*. Ésta consideración, plantea no pocos problemas en tanto que la redacción actual del

⁸¹ El canon 26 CIC contempla expresamente la aprobación por autoridad competente de una costumbre, no requiriéndose para éstos casos el trascurso de los 30 años que se fija como plazo con carácter general.

⁸² Con la importancia que la manifestación visible de lo escrito tiene, según hemos visto en el apartado del segundo capítulo relativo a la estética.

Código Civil dispone que la costumbre sólo se aplica en defecto de ley aplicable. Ello *a priori*⁸³ cerraría las puertas a las costumbres *secundum legem* en tanto podrían considerarse costumbres interpretativas que fijan una dirección interpretativa determinada.

La redacción actual del Código Civil⁸⁴ no desconoce las reticencias de SUÁREZ a éste tipo de costumbres por la

“extraordinaria dificultad de determinar su alcance, ya que un cambio cualquiera hará que no se trate de mera interpretación, que deje de ser ley para convertirse en sobreañadida a la ley”⁸⁵.

Recuperadas dichas reticencias por DE CASTRO en el siglo XX, dicha costumbre *secundum legem* se excluyó del Código. Anteriormente, bajo la redacción primitiva del mismo, el irrepetible civilista señaló ya que su falta de mención debía interpretarse en el sentido de su exclusión⁸⁶.

Ni que decir tiene que en pura teoría (en “teoría pura” kelseniana, más bien), lo más “seguro”⁸⁷ es lo que dice Don Federico. Sin embargo, a veces el Derecho y la teoría relativa al mismo, establece cauces que la realidad acaba desbordando, abriendo otros nuevos. Es más, cabría decir que a veces, con el paso de los siglos, se llevan a cabo como obras de ingeniería que pretenden lo

⁸³ No obstante, como recuerda ALBALADEJO, hay quienes admiten la costumbre *secundum legem* “apoyándose en que sólo ha sido excluida la costumbre contra ley” (*Derecho civil*, I, 1º, 15. 5, pág. 105)

⁸⁴ En la que tuvo un papel capital la elaboración de DE CASTRO al respecto de la parte general del Derecho a mediados del siglo XX, elaboración claramente influida por la escolástica española del siglo XVI, en concreto SUÁREZ, a quien CASTRO lo a en varios momentos del Derecho civil de España.

⁸⁵ *De legibus*, VII, c.4. Citado por DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 381, nota 5.

⁸⁶ DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 381.

⁸⁷ En el sentido de fácil de explicar.

que (en el ejemplo fluvial propuesto) son las mutaciones artificiales del cauce de los ríos. Mutaciones que con el paso del tiempo suele terminar por quedar de manifiesto que eran artificiales, cuándo una crecida extraordinaria hace volver al río al cauce original⁸⁸. Y tal vez esto es lo que ha pasado con la concepción que usualmente se maneja de la costumbre *secundum legem*. PAULO consideró a la costumbre óptima intérprete de la ley⁸⁹, Las Partidas decían que la costumbre “*puede interpretar la ley cuando acaeciese duda sobre ella*” (Partida I, 2, 5), y el vigente Derecho canónico afirma con rotundidad que “*La costumbre es el mejor intérprete de las leyes*” (canon 27). COSTA reivindicó su papel en la generación y la aplicación de la ley. Y GOMÁ en nuestro tiempo, desde la teoría de la ejemplaridad, reclama un papel para la costumbre que implica necesariamente la consideración de la costumbre *secundum legem* al partir con COSTA de que la ley es “propuesta de costumbre” y de la necesidad de suscitar (vía normas persuasivas) costumbres. Si a ello unimos que en los Derechos civiles hoy vigentes⁹⁰ de Aragón (Art. 2 del vigente Código de Derecho Foral) y Navarra (Art. 3 del Fuero Nuevo) la costumbre *secundum legem* sigue estando contemplada expresamente (y que son, no puede negarse, vestigios de una concepción pre-kantiana del Derecho), hemos de admitir que el cauce original

⁸⁸ Una reflexión sobre la imagen propuesta a la luz del Artículo 372 CC podría llevar a conclusiones certeras.

⁸⁹ Cfr. DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 381, nota 2.

⁹⁰ Si nos remontamos a los Derechos civiles previos al Código, el papel de la costumbre en los territorios forales es muchísimo mayor aún. Al respecto señalaba MANRESA, comentando el Artículo 5 del Código en su primitiva redacción, que “en Aragón, según Molino y los más reputados juristas, la costumbre inmemorial podía derogar el Fuero. En Guipúzcoa prevalecen sobre la ley las costumbres que se justifique que tuvieron la aprobación del señor de la tierra y que se habían dado juicios sobre ellas (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1859). Los tratadistas de derecho catalán citan, generalmente, en éste punto los preceptos del Derecho romano, que, aparte de una constitución de Constantino, acepta la costumbre contra legem...”. MANRESA Y NAVARRO, J.M. Comentarios al Código Civil español, Instituto editorial Reus, Madrid 1943, Tomo I, página 129, nota 2).

(usando aquí el adjetivo original con extrema prudencia⁹¹) es otro. Y que tal vez los Códigos de conducta sean un desbordamiento del cauce artificial fijado por el Código Civil⁹². Ésta visión, tal vez equivocada, pero hipótesis posible (piénsese que el valor jurídico que la doctrina publicista da al *soft law* respecto del *hard law* es precisamente el valor interpretativo⁹³, y que la doctrina privatista ha valorado los CDC sobre todo como elemento de interpretación e integración de los contratos⁹⁴), podría darnos una explicación de qué son los CDC en muchos casos. Explicación a la que no está ajena la doctrina al señalar que

“los CDC no suponen una regulación alternativa a la del ordenamiento jurídico, cuyos mínimos no pueden obviar, sino más bien un *continuum* con él que, de alguna manera, quiere reforzarlo” (GARCÍA RUBIO⁹⁵).

Continuum que bien puede ser una costumbre *secundum legem*, aunque con ello se obtenga una interpretación determinada de las leyes, interpretación que por otra parte está en ocasiones persuadida ⁹⁶ por el propio poder⁹⁷.

⁹¹ Pues al fina y al cabo es el poder legítimo quien establece los cauces.

⁹² Cauce que, todo hay que decirlo, es más natural de lo que podía haber sido. En efecto, no debe olvidarse que el Code de Napoléon solo fijó como fuente del Derecho la ley, y que dicha opción se llegó a barajar en la elaboración del Código español. Sin embargo, por entonces obtuvo cierto peso la doctrina partidaria de no cerrar la producción del Derecho a solamente la ley, sobre la base de que la cesión que de la soberanía se produce en el mandato representativo, no es total. Así se defendió “en el Congreso Jurídico español de 1886, en la notable ponencia presentada por los señores D. Bienvenido Oliver, D. José María Pantoja, D. Francisco Giner de los Ríos, y D. Joaquín Costa” (cfr. MANRESA, *op. Cit.* Pág. 128).

⁹³ Cfr. SARMIENTO, D. *El soft law...Ob. Cit.*.. Págs. 96 y ss y 168 y ss.

⁹⁴ Como puede verse en el capítulo siguiente.

⁹⁵ GARCIA RUBIO, M.P. “Responsabilidad....”. *Ob. Cit.*, pág. 11.

⁹⁶ Ahí la importancia de la persuasión además de la coacción según la entiende la doctrina de la ejemplaridad.

En efecto, una simple mirada a los códigos de conducta de determinadas entidades, podría generar un hondo desconcierto si se analiza desde las categorías conocidas en el Derecho y se pretende meter la realidad autorregulada en los moldes jurídicos conocidos (y más si son moldes kelsenianos). Por ejemplo, la multinacional española Inditex, cuyo crecimiento exponencial año tras año en número tanto de clientes como de trabajadores o proveedores, redactó un código de conducta en 2012 con determinadas reglas⁹⁸. Entre dichas reglas, se establecen muchas que ya forman parte de las leyes⁹⁹ que rigen el comportamiento de Inditex y sus agentes, empleados y proveedores en ciertos territorios¹⁰⁰. También se contienen prescripciones que forman parte del contrato que vincula a unos y otros con Inditex. Todo ello puede llevar a plantearse, ¿para qué se redacta pues un CDC? Y, ¿qué valor tienen sus prescripciones? Una primera respuesta, podría ser que como las leyes de todos los países no son iguales, Inditex se compromete a nivel mundial¹⁰¹ a más de lo que le piden las leyes de diferentes lugares. Ésta primera hipótesis nos colocaría en el ámbito de la costumbre *extra legem* en los respectivos espacios donde la

⁹⁷ No se olvide que hoy, más que de *opinio iuris*, se habla de existencia de la costumbre con la aquiescencia del poder. Y qué mejor aquiescencia que la promoción de la costumbre por las propias normas.

⁹⁸ <http://www.expansion.com/2012/07/20/empresas/1342798343.html>

⁹⁹ CAVANILLAS se ha planteado hasta que punto constituye una práctica desleal el reproducir leyes en un CDC (CAVANILLAS “Códigos de conducta...”.*Ob.cit.* Pág. 240). El autor concluye que no es desleal, pues el CDC no necesariamente tiene que recoger reglas, sino que en palabras de la propia Directiva Europea sobre prácticas desleales, puede recoger aspiraciones genéricas, lo cual a contrario implica que puede referirse a la ley.

¹⁰⁰ El problema del territorio y el consecuente papel de los CDC en el Derecho Global será analizado en el capítulo 5.

¹⁰¹ La importancia de la autorregulación en el Derecho global será analizada en el apartado 5, volviendo sobre determinadas categorías de la parte general del Derecho civil.

ley no exige lo que dispone el CDC¹⁰², y confirmaría en plenitud las intuiciones que sobre el papel de la costumbre en la consecución de la ejemplaridad plantea GOMÁ.

Junto a ésta respuesta, podríamos plantearnos que las prescripciones del CDC son reglas que están en los contratos, y que, en tanto sobrepasen en detalle lo que en ellos se diga, pueden tener un valor interpretativo o integrativo¹⁰³.

Sin embargo, a la luz de las anteriores consideraciones sobre el papel que haya de jugar la costumbre *secundum legem*, cabría decir que lo que son los CDC (en tanto contienen normas iguales a la de la ley) es una definición de *conducta conforme a ley*, que la entidad quiere dejar claro que tiene la *costumbre de observar*. En un sistema tan ordenado y estatista como el presente, podría parecer que ello es innecesario. También cabría alegar las consideraciones suarecistas sobre la inseguridad de las costumbres interpretativas antes vistas¹⁰⁴. Sin embargo, la realidad demuestra que además de lo que ponga la ley (que, diga lo que diga el Art. 6 del CC¹⁰⁵, suele ser

¹⁰² Ello plantea además el interesante problema de hasta que punto las costumbres derivadas de la Moral occidental pueden llegar a condicionar el comportamiento de agentes occidentales en otra parte del mundo (y al revés: como las costumbres de otros lugares se pueden saltar o pueden complementar nuestras leyes).

¹⁰³ Cuestión sobre la que volveremos al tratar sobre las fuentes de las obligaciones.

¹⁰⁴ Visión en general compartida por otros autores en tanto la interpretación no debe estar condicionada por una costumbre, sino que ha de ser libre o en su caso vinculada por interpretaciones anteriores (ALBALADEJO, *Op. Cit.* I, 1º. 15.5, pág. 105).

¹⁰⁵ Que como es bien sabido fue duramente criticada por todo un sector doctrinal que tiene en Joaquín Costa su máximo representante español. COSTA, J. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre--0/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_14.html#I_6 (Descargado el 19 de Mayo de 2014).

ignorada¹⁰⁶), hace falta crear en el usuario una certeza, una confianza¹⁰⁷. Y en dicha confianza, el papel de la costumbre es más fuerte que el de la ley, y la propia ley necesita de la misma. Los CDC que fijan pautas de comportamiento *secundum legem*, no serían entonces un “brindis al sol”¹⁰⁸, sino que son un compromiso o propuesta de costumbre *secundum legem* (sobrepasando evidentemente el texto de la ley, pues aspiran a más y sugieren comportamientos no exigibles constitucionalmente). Una costumbre llamada más a ser aplicada voluntariamente que de forma coactiva, de indudable valor directivo e interpretativo, creadora de riesgo reputacional (cumplir o explicar), y de indudable valor publicitario.

La anterior explicación de los CDC tal vez nos haya de conducir, eso si, a reabrir un problema, y es el de la posible artificialidad del cauce por el que se pretende que discurra la costumbre según el Código Civil, admitiendo como más realista el papel que confieren a la costumbre los Derechos civiles de Navarra o Aragón. Un replanteamiento en el que, eso si, los CDC juegan un papel enorme,

¹⁰⁶ Como indica DE CASTRO “nuestro Derecho no acoge, ni tiene por qué acudir, a la farsa gigantesca y monstruosa de suponer en toda persona una sabiduría inasequible hasta a los mejores juristas: la de no ignorar nada en el Derecho”, pues la inexcusabilidad del Artículo 6 CC “se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho”. *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1987, p. 529. A decir de CABANILLAS SANCHEZ, es precisa una “llamada de atención al legislador para que se esfuerce en facilitar tanto el conocimiento como el entendimiento de las leyes, no sólo por los especialistas, sino, sobre todo, por sus destinatarios” (En ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo I, Vol. 1º Pág. 674. EDESA, Madrid 1992).

¹⁰⁷ Y de ahí la importancia de lo perceptible que hemos destacado en el apartado del Capítulo 1 relativo a la estética.

¹⁰⁸ Como ha criticado la doctrina a partir de su encaja entre las prácticas desleales según el Derecho comunitario. Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S. “Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 129.

muy clarificador, sobre todo en un tema considerado oscuro¹⁰⁹ como es el de la costumbre de la misma, en el que encontrar reglas claras consuetudinarias no siempre es sencillo¹¹⁰. Analizados los CDC desde éstas objeciones, es evidente que los mismos constituyen una enorme clarificación, pues definen pautas de conducta que cierto agente del mercado se compromete a observar (y seguramente admite como costumbre), realizando la aplicación de la ley.

2.2.4 Los usos normativos

Junto a lo anterior, hemos de señalar que podría ser interesante, considerando que los CDCs encajan en la autonomía de la voluntad¹¹¹, el papel que los mismos hayan de jugar como usos al amparo de los Art. 1258 y 1287 CC. Como regla de principio hay que partir de la prudencia, pues el papel que se concede al uso en nuestro ordenamiento es residual, y hay que tener claro que estamos en el ámbito del vacío legal¹¹². Un vacío en el que eso sí, cuando proceda, el uso está “llamado por la ley” (como los CDC en ciertos casos) a jugar un papel propiamente normativo¹¹³.

¹⁰⁹Al comienzo del capítulo dedicado a la costumbre en el celeberrimo *Derecho civil de España*, DE CASTRO señaló la “oscuridad y dificultad”. *Ob. Cit.* Pág. 363.

¹¹⁰ DE CASTRO, Analizando el valor de la costumbre, recordaba que autores como HEDEMANN o GRAY habían señalado la dificultad de encontrar reglas jurídicas claras, deducidas de la costumbre, que no sean usos sociales o jurisprudencia. *Ob. Cit.* Pág. 385.

¹¹¹ Sobre lo cual, en realidad, coinciden MALUQUER y de la CUESTA como hemos dicho.

¹¹² “Sólo podrá acudir a él –al Art. 1258 CC- cuando lo permita la naturaleza del contrato y lo requiera la buena fe”, pues “constituye una norma de Derecho dispositivo de segunda clase, que sólo podrá tener eficacia cuando lo permitan o no existan las normas legales” (DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 394).

¹¹³ No se puede desconocer que, en el ámbito de aplicación del Art. 1258 CC, el uso “toma un significado completamente distinto: no es ya un elemento que se integra en lo querido y declarado en el negocio por intermedio de la interpretación, sino que tiene un valor normativo, el de regla jurídica que señalará la eficacia del negocio” (DE CASTRO, F. *Ob. Cit.* Pág. 397).

Si no admitimos que los CDC sean costumbres, ni usos interpretativos (lo cual les daría un papel en las fuentes de las obligaciones), si que habría que admitirlos como usos normativos. Usos que, dada la actual regulación del CC, derivada de la indistinción moderna de usos normativos y costumbres (“tendrán la consideración de costumbre”) lo cual necesariamente confirma en el encaje de los CDC en la costumbre.

2.3 Los códigos de conducta y los principios generales del Derecho

2.3.1 En general

Por último, no podemos olvidar el papel que pueden jugar los CDC a la hora de hacer entrar en juego los principios generales del Derecho. En efecto, los (muchas veces cuestionados¹¹⁴) principios generales del Derecho podrán jugar un papel interesante por cuanto los Códigos de conducta los recogerán en su texto, y ello hace que sean una expresión clara, escrita y con un compromiso público de observancia de los principios.

En el extrañísimo caso de que una Sentencia aplicándolos “en defecto de ley o costumbre” (Art. 1.4 CC) obligue a observar la conducta exigida por el código, el CDC obtendría un efecto vinculante muy interesante. Además, es

¹¹⁴ A decir de DE CASTRO, en relación al negocio jurídico, “algunas figuras nacidas al amparo de los principios de justicia o equidad han desaparecido o están en decadencia (justo precio, rescisión por lesión, grave desigualdad social), pero otras se han conservado o han renacido y con reciente energía en los últimos años (potenciación de la buena fe, condena del fraude y del abuso del derecho, responsabilidad objetiva y por actos propios, cláusula rebus sic stantibus, equivalencia de prestaciones, motivos incorporados a la causa, presunciones de abandono del derecho)” DE CASTRO Y BRAVO, F. de. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid 1985 (reproducción facsimilar de la edición del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971). Pág. 16.

evidente que la existencia de CDCs regulando cierto comportamiento podría favorecer la aplicación de los principios generales.

Fuera de dicho excepcional caso, los CDCs hay que pensar que juegan un papel mucho más interesante a la hora de desplegar el papel informador que los principios generales deben jugar sobre todo el ordenamiento según el Art. 1 CC. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que conserve vigencia una ley que determine reglas abiertamente superadas de acuerdo con los principios políticos hoy admitidos (por ejemplo, el Art. 1584 CC –superado totalmente por el Estatuto de los trabajadores, pero que ahí sigue-): dicha ley quedará ineficaz y tácitamente derogada, no sólo por su contrariedad respecto de otra ley o de la propia constitución, sino por cuánto contradice los principios políticos¹¹⁵. La existencia de un CDC que establezca reglas de conducta acorde a dichos principios, podría ser un apoyo probatorio importante y sobre todo un apoyo para lograr el despliegue en la práctica de conductas acordes con dichos principios. A decir de ALBALADEJO, que un principio forma parte del Ordenamiento, es algo que se puede probar por “cualquier camino”¹¹⁶. Y es evidente que su constancia en un CDC, aunque éste no se halle incorporado a un contrato, ni sea ley, ni esté llamado por una ley (llamamiento que de algún modo, aunque no lo hace obligatorio como las prescripciones de la ley, si que es un reconocimiento legal de los principios inspiradores de sus prescripciones), ni se admite que rijan sus disposiciones como expresivas de una costumbre, es evidente que sí puede ser muestra de la vigencia de los principios en que se basan sus disposiciones.

¹¹⁵ DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 428.

¹¹⁶ ALBALADEJO, M. *Derecho civil*. Tomo I, Vol. 1º. Cap. 16, 5, 1º. Pág. 115.

Consecuencia de lo anterior, los CDC pueden desempeñar un papel válido a la hora de llevar a cabo una interpretación de la leyes acorde con los principios (que “señalan el método de interpretación de las normas...y, además, indican en cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe seguir”¹¹⁷). Éste papel conecta necesariamente con el papel que puedan tener como costumbre interpretativa o *secundum legem* a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, pues un modo de acreditar la vigencia de un principio es “probar que lo adopta el Ordenamiento consuetudinario”¹¹⁸ (ALBALADEJO). Ésta relación estrecha de los principios con las costumbres, sería un argumento más a favor de la admisión de las costumbres *secundum legem*, aún cuando fijen un criterio interpretativo.

Para comprender lo que aquí pretendemos decir, no se puede olvidar que los filósofos del Derecho consideran hoy en día que el ordenamiento está compuesto tanto de reglas como de principios¹¹⁹, siendo los principios “mandatos de optimización” que pueden ser cumplidos en diferente grado, en tanto que las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (ALEXY¹²⁰). Dado que no todo comportamiento deseado o deseable se puede mandar mediante normas exactas, el papel de los principios (y de las costumbres) es esencial, y los CDC tal vez sean hoy una expresión escrita de la insuficiencia de las leyes, expresando determinados mandatos de optimización

¹¹⁷ DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 428.

¹¹⁸ *Ob. Cit.* Cap. 16. 5. 1º.

¹¹⁹ ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona 2012. Pág. 84.

¹²⁰ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. Págs. 86 y 87.

realizables en diferente grado, no exigibles legalmente, pero que son conformes a los principios y puede ser bueno que sean costumbre *secundum legem*¹²¹

Como botón de muestra del papel que la aplicación de los principios puede llegar a tener, cabría traer a colación el caso de la Resolución del Servicio de Defensa de la Competencia de 6 de Abril de 2006, en la cual se llegó a admitir como conforme a la ley un código que imponía reglas restrictivas de la competencia (asumidas voluntariamente¹²² por los interesados), diciendo que:

“si bien se daba una limitación en la autonomía de la política comercial de las empresas asociadas, esta limitación tenía como efecto proteger un interés de carácter general relacionado con el consumo de bebidas alcohólicas”¹²³.

Es decir, los principios generales de seguridad y promoción de la salud derivados del resto del ordenamiento, justificarían una interpretación abierta de las normas de defensa de la competencia, lo cual es buena muestra de la penetración de los códigos en la interpretación de las leyes, así como de del papel informador que juegan los principios generales en y a través de los mismos códigos de conducta.

2.3.2 En particular, el principio de buena fe

Lo dicho respecto de los principios, tiene una especial aplicación si tratamos del principio de buena fe que ha venido a introducir una cierta

¹²¹ Sobre estos aspectos se profundizará en la parte de Filosofía del Derecho que cierra esta primera parte.

¹²² En caso de no asumirse voluntariamente las mismas, ha resuelto la Sentencia de 24 de Mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid (JUR 2004/227317) que no cabe imponer un código de una entidad a quien no se adherido voluntariamente a la misma.

¹²³ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 abril 2006. JUR 2006\137339

moralización en los negocios a fin de conseguir resultados en los mismos más acordes con la justicia¹²⁴.

Tomando en un sentido estricto los CDCs desde las fuentes de las obligaciones y del Derecho, si concluimos (y en algún caso así será, pues hay tal variedad de códigos que no siempre tendrán encaje en las fuentes) que un CDC no es ley, ni costumbre, ni obligación voluntaria de raíz contractual o de otro tipo (de lo que nos encargamos más adelante), entonces *a priori* no hay exigencia jurídico- coactiva de cumplir las prescripciones del CDC. Sin embargo, si partimos del papel que juega la buena fe en el desarrollo de nuestro Derecho (Art. 1, 7, 1107, 1255, 1258, 1275 CC), debemos entender que, aunque no sea parte de la obligación legal o voluntaria *stricto sensu*, observar un CDC que uno ha aceptado es una exigencia de la buena fe. Sobre todo si tenemos presente que se ha llegado a considerar a la buena fe como “fuente de normas objetivas”, procurando llegar a conseguir que el “ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones” esté presidido por ciertas reglas que la “conciencia jurídica considera como necesarias”¹²⁵.

En éste orden, los CDCs, por una parte deben cumplirse por cuánto su publicación o la adhesión a los mismos crean unas determinadas condiciones de confianza. Y por otra, porque si consideramos el *standard* de la buena fe, y dicho estándar es de difícil concreción, no sería descabellado afirmar que los

¹²⁴ Como señalan los tratadistas a partir de la obra de RIPERT *La regla moral en las obligaciones civiles* (DIEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Tomo I. Sexta edición. Civitas, Cizur menor 2008, pág. 59 y ss).

¹²⁵ DIEZ- PICAZO, tomando una frase de COSSIO, *Ob. Cit.* Pág. 61.

CDC son emanación escrita¹²⁶ de lo que se considera acorde a las exigencias de la buena fe aunque *stricto sensu* no formen parte de la letra de la obligación. Así, alguna Sentencia ha llegado a afirmar que las reglas que exigen actuar conforme a la buena fe (cfr. Artt. 1258 CC, o 57 CdeC), son “código de conducta para las partes contratantes” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de Noviembre de 2011¹²⁷); y otra ha apreciado que los CDC admitidos en un contrato regulan la conducta contractual de las partes, no tanto como parte del contrato, sino en tanto es preciso que las partes desarrollen su conducta contractual “conforme a los principios de confianza y buena fe”¹²⁸; de ahí que la mejor doctrina haya señalado que se puede alcanzar un cumplimiento efectivo del código mediante la integración contractual¹²⁹. Y es que como ha señalado

¹²⁶ Visible, perceptible, lo cual nos devuelve al problema de la estética visto.

¹²⁷ 2007/194822, FJ 2º.

¹²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, 21 de mayo de 2008, que señala en su FJ6º que “No debemos, por otra parte, abstraernos de que los contratos de agencia están fundados en la “bona fides” y actuación leal de ambas partes contratantes (arts. 9 y 10 LCA [RCL 1992, 1216]), lo que conforma el estándar de conducta exigible en una relación jurídica de íntima colaboración y confluencia de intereses, en el que las partes se deben, no sólo lo estrictamente pactado sino también todo lo que, en cualquier situación imponen las mentadas reglas que, en este caso, han sido quebrantadas por la parte demandada por las razones expuestas. En el propio código de conducta y relación comercial que, como anexo II, regula las relaciones entre las partes, se hace constar que: “en cualquier caso, el contrato de distribución compromete a las partes a interpretar las cláusulas del mismo con arreglo a los principios de la confianza y buena fe”.

¹²⁹ ALVAREZ MORENO, al analizar la relación de la autorregulación con el arbitraje, afirma tajante que “mediante el recurso a la buena fe y al artículo 1258 CC, las buenas prácticas o códigos de conducta serían exigibles, mediante la integración del contrato” (ALVAREZ MORENO, M.T. Códigos de conducta y arbitraje de consumo. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 394).

cierta jurisprudencia en el ámbito laboral¹³⁰, incumplir un CDC por parte de un empleado, supone una transgresión de la buena fe contractual¹³¹.

Una regla la de la buena fe que, aunque es imprecisa en la general enunciación de la ley, puede llegar a ser precisa en los CDCs que por los particulares puedan llegar a ponerse en circulación, de modo que los CDCs si que señalen con claridad qué conducta se considera acorde a las exigencias de la buena fe. Y es que no podemos olvidar que, como indica DIEZ- PICAZO, la buena fe actúa tanto como límite a los derechos subjetivos cuánto como fuente de

“especiales deberes de conducta”, lo cual se traduce en ocasiones en “una ampliación de los deberes negocialmente asumidos por las partes”, pues “no es discutible que pueden existir entre las partes deberes de conducta, no estipulados expresamente, que en ocasiones constituyen genuinas prestaciones de carácter accesorio”¹³².

Ahora bien, considerándose imposible por la doctrina establecer cuáles sean las modalizaciones concretas de éste estándar, se podría decir que los CDC son una buena concreción.

¹³⁰ Cfr. Sentencia del TSJ de Galicia de 30 de Diciembre de 2014, STSJ de Madrid de 26 de Enero de 2015, y Sentencia del Juzgado de lo social de Vitoria de 29 de Octubre de 2014.

¹³¹ ALVAREZ MORENO, al analizar la relación de la autorregulación con el arbitraje, afirma tajante que “mediante el recurso a la buena fe y al artículo 1258 CC, las buenas prácticas o códigos de conducta serían exigibles, mediante la integración del contrato”

¹³² *Ob. Cit.* Pág. 63.

3. Códigos de conducta como fuentes de las obligaciones.

Junto al juego que pueden dar los CDCs en el ámbito de las fuentes del Derecho, hemos de plantear su papel dentro de las fuentes de las obligaciones. El estudio de éste papel resulta necesario: primero, porque como se ha visto no toda la doctrina tiene claro el encaje que los CDCs ostentan en las fuentes del Derecho hoy admitidas (y aun teniéndolo, lo tienen desde una necesaria revisión de la doctrina en que la fijación de dichas fuentes se fundamenta); y segundo, porque la gran variedad de tipos de códigos hace que, aunque llegásemos a la conclusión de que son fuentes del Derecho, ello no sería siempre, sino sólo a veces, lo cual requiere fijar con claridad qué son en el resto de casos. Siendo necesario el estudio de los CDC que no son fuente del Derecho, si tenemos en cuenta que proceden de una declaración voluntaria de una entidad, y que quienes con ella se relacionan pueden esperar algo de la existencia del código, cabría plantarse su obligatoriedad, lo cual nos lleva a la clasificación de las fuentes de las obligaciones. Dado que las mismas en nuestro vigente Derecho son la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y los actos dañosos (art. 1089 CC), podemos plantearnos si cabe encuadrar los Códigos dentro de alguna de ellas, toda vez que la mayor parte de la doctrina considera que la lista debe entenderse con apertura a otras fuentes nuevas (las cuales en realidad entran dentro de las fuentes de origen voluntario)¹³³.

Dado que es evidente que ni el delito ni el cuasidelito son categorías aptas para dar cauce a la obligatoriedad de los códigos de conducta, y que por otra

¹³³ A este respecto, vid. SANTOS BRIZ, J. Comentario del Art. 1089. En SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord). *Comentarios al código civil*. Bosch, Barcelona 2006. Libro IV. Págs. 19 a 29.; VEDRERA SERVET, R. Comentario del artículo 1089. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. *Comentarios al Código civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013. Págs. 7962 a 7971; .MARTIN PÉREZ, J.A. Comentario del artículo 1089 CC. En ALBALADEJO, M.- DÍAZ ALABART, S. (Coords) *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*. Págs. 112 a 166.

parte la ley ya la hemos examinado en el anterior apartado, debemos centrarnos en el contrato y el cuasicontrato.

3.1 El cuasicontrato.

Si consideramos que el art. 1887 CC entiende por cuasi contrato el hecho lícito y puramente voluntario, habría que plantearse si la redacción y publicitación de un código son de por sí suficientes para que podamos entender que estamos ante uno de estos hechos. Considerando que los cuasicontratos típicos a los que se refiere el Código civil son la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido, es evidente que el supuesto que examinamos no es un cuasicontrato pues no se trata de un comportamiento que genere unos resultados de los que resulte obligado su autor para con un tercero en los términos recogidos por el precepto. En efecto, y entrando en el campo de la fundamentación de los cuasicontratos, hemos de tener en cuenta que la doctrina considera mayoritariamente¹³⁴ que los cuasicontratos sólo se sostienen hoy en tanto los regula la ley¹³⁵. Si tomamos esta postura es evidente que sólo podríamos admitir al código de conducta como cuasicontrato si presentase cierta analogía con los dos regulados en el Código Civil. Precisamente en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (SSTS 8 de Enero de 1909 y 21 de

¹³⁴ Entre otros podríamos citar a COLIN, CAPITANT, PLANIOL, SANCHEZ ROMAN, VALVERDE, RUGGIERO, MESSINEO, según cita CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, t.IV, 9º ed. Editorial Reus, p. 810).

¹³⁵ Lo cual es coherente con la regla general defendida por la doctrina (cfr. LACRUZ, ROCA y PUIG en España) de que las declaraciones unilaterales no obligan sino en los casos marcados por la Ley.

Junio de 1945). En cualquier caso, a decir de MANRESA, se revela “una falta de base sólida en la doctrina”¹³⁶.

Si en cambio admitimos la tesis de que los cuasicontratos se sostienen en la existencia de un enriquecimiento sin causa (como defiende otro sector de la doctrina¹³⁷), podríamos plantearnos hasta qué punto quien ofrece un código de conducta está obteniendo un enriquecimiento injusto por las ganancias que obtiene a base de la confianza que es capaz de generar su compromiso de conducta. Si el lucro fuera evidente, no faltaría quien pretendiera defender la obligación de indemnizar al perjudicado. Sin embargo, a mi modo de ver el admitir esta tesis podría conducirnos a resultados que, aunque positivos, son menos seguros que la admisión del código como parte del contenido del contrato¹³⁸ o como declaración unilateral (aunque no falta quien vincula la misma con el cuasicontrato¹³⁹).

3.2 El contrato

¹³⁶ MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil español*. Sexta edición corregida y aumentada por CHAMORRO PIÑERO, S. T.12. p.491. Ed.Reus.Madrid 1943.

¹³⁷ Así DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, 6º ed. Civitas- Thomson Reuters. Madrid 2009, p.180.

¹³⁸ Por último, cabría recordar con MANRESA que cierta doctrina más remota en el tiempo llegó a hablar de consentimiento presunto en el cuasicontrato. Si admitimos que quien ofrece un Código de conducta da su consentimiento presunto a quedar vinculado por el mismo hasta el punto de serle judicialmente exigible, nos encontraríamos ante un resultado muy satisfactorio. Pero insisto, menos seguro que el que se logra admitiendo el Código como parte integrante del contrato. Además, en cualquier caso, hemos de tener en cuenta que la doctrina moderna es más restrictiva y que el mencionado pronunciamiento jurisprudencial iría en contra de esta tesis.

¹³⁹ A juicio de DELL`AQUILA “conceptualmente la promesa unilateral bien podría encajarse en la evanescente figura del cuasi contrato” (“La promesa unilateral como fuente general de obligaciones”. En *Revista de Derecho privado*, 1979, Pág. 800).

3.2.1 En general

En cuanto al contrato, debemos partir ante todo del consentimiento como problema fundamental: el art. 1254 CC parte de la existencia de un consentimiento a obligarse, de modo que sin consentimiento no hay contrato. Ello nos permite entender que, en tanto constase de modo expreso la voluntad de la entidad que ofrece el código de conducta de quedar vinculada por el mismo tomándolo en calidad de contrato, el código formaría parte del contenido del contrato¹⁴⁰ y sería íntegramente exigible ex. art. 1091 CC¹⁴¹, de modo que del contrato nacerían acciones para exigir su cumplimiento por la fuerza¹⁴².

Sin embargo, con gran frecuencia los códigos se redactan sin que obliguen coactivamente *a priori* a nada y sin que esté claro su papel dentro del Derecho contractual. El hecho de que la puesta en circulación de un código no vaya acompañada de una total claridad sobre si hay un consentimiento de obligarse

¹⁴⁰ Éste es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 562/2006 de 22 diciembre. JUR 2007\98771, cuyo FJ2º admite que hubo “una actuación claramente incumplidora de la demandante, quien entre las obligaciones establecidas contractualmente, había asumido las contenidas en el Código de Conducta”.

¹⁴¹ Como indica LLACER MATA CÁS, “se percibe...que la asunción de un código repercute directamente sobre el contenido contractual y conforma las obligaciones del adherente”. Señala esta autora que cabrá la incorporación del código al clausulado pero siempre cumpliendo las exigencias de puesta a disposición necesarias para la incorporación (vid. LLACER MATA CÁS, R. M. “Códigos de conducta y *on-line dispute resolutions*: una aproximación a la privatización del derecho”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII, Fascículo IV. Octubre- Diciembre 2009. Pag. 1550)

¹⁴² O como dice SORO “un código de conducta aprobado por la libre voluntad de las partes puede ser fuente de obligaciones de naturaleza contractual”, y por tanto “su incumplimiento puede fundamentar perfectamente una acción de incumplimiento o resolución contractual” SORO RUSSELL, O. “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”. *InDret.com*. Barcelona, Abril de 2010, Pág. 26.

(Art. 1254 y 1262 CC) hacen que el papel actual de los CDC en el ámbito contractual sea “bastante confuso y limitado”¹⁴³.

En efecto, los CDC se redactan para su utilización general en toda la actividad de entidad de que se trate. Siendo esto así, y pese a que no formen parte del contenido de cada contrato, habría que plantearse hasta qué punto los mismos podrían recibir algún tipo de reconocimiento como parte del contrato para ser exigibles al tenor del art. 1091 CC¹⁴⁴ o jugar un papel en el desenvolvimiento del mismo.

Una primera posibilidad, sería que una ley considerase vinculantes los CDC en los términos en que es vinculante la publicidad (así conforme al art. 61 y 153 –este último en lo referente a viajes combinados- del Texto Refundido de la Ley para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre (TRLGDCU); o el art. 42 de la Ley 42/1998 de 15 de Diciembre sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico), como propone cierta doctrina¹⁴⁵.

¹⁴³ SORO RUSELL, O. *Ob. Cit.* Pág. 27.

¹⁴⁴ En éste orden, distingue LLACER entre el caso en que el CDC se incorpora formalmente al contrato y aquel otro (habitual en la contratación electrónica) en que se exhibe sólo a través de un logo o bien se ofrece el acceso a un *link*. En éste segundo grupo de casos “difícilmente puede considerarse un pliego de condiciones incorporado al contrato” (LLACER MATA CÁS, R. M. “Códigos de conducta y *on-line dispute resolutions*...”. *Ob.cit.* Pag. 1551).

¹⁴⁵ En opinión de CAVANILLAS MÚGICA “la utilización y presentación por un empresario y en una relación de consumo de un código de conducta está destinada a crear la confianza del consumidor y, por lo tanto, a influir en su conducta económica; por tanto, es un acto de naturaleza publicitaria” (CAVANILLAS MÚGICA, S. “Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones”. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010. Págs. 238 y ss.

La consecuencia de admitir esta naturaleza es que cabría una integración contractual del CDC en los términos del Artículo 61 TRLGDCU¹⁴⁶, de modo que nos encontraríamos antes una declaración o promesa de una de las partes que, en el contexto de un determinado contrato, contribuiría a la fijación del contenido exigible en el mismo¹⁴⁷.

Asimismo, la ley podría, prescindiendo de la categoría de la publicidad, determinar el efecto vinculante de los CDC en la medida en que voluntariamente se hubiesen establecido los mismos como norma de la empresa, por redacción o adhesión. En este orden debemos destacar que Ley Audiovisual dispone en su art. 12.1-2 dispone que los

“códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual o colectivo”, añadiendo que “Las autoridades audiovisuales deben velar por el cumplimiento de los códigos”.

Estas mismas exigencias se desprenden de los Artículos 4 y 5 del RD 1163/2005 de 30 de Septiembre. Por su parte, el art. 37.4 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) reformada¹⁴⁸ dispone que

¹⁴⁶ En el mismo sentido, LLACER MATA CÁS sostiene que “el código de conducta alude a un conjunto de compromisos de comportamiento o a unas características del producto o servicio que, si no pueden considerarse incorporadas, deberán integrar el contrato (art. 61 TRLCU)” (LLACER MATA CÁS, R. M. “Códigos de conducta y *on-line dispute resolutions*: una aproximación a la privatización del derecho”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII, Fascículo IV. Octubre- Diciembre 2009. Pag. 1551). Por la vía de la integración aboga también ALVAREZ MORENO, *Ob. Cit.* Pág. 394).

¹⁴⁷ Profundizando en ésta línea, LLACER afirma que “visto como promesa o declaración unilateral de comportamiento, el código se convierte en fuente voluntaria de obligaciones o en factor de integración contractual (art.65 TRLGDCU y art.1258 CC) que arroja un contenido exigible (art. 1124 CC)” LLACER MATA CÁS, R. M. “Códigos de conducta...”. *Ob.cit.* Pag. 1551.

¹⁴⁸ La actual redacción de los preceptos que aquí nos interesan procede de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios («B.O.E.» 31 diciembre).

“Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas”,

dando por hecho que la adhesión voluntaria de que habla el primer apartado del artículo ha de conllevar efectos obligatorios.

En ninguno de los dos casos se entiende que los CDC vayan a formar parte del contrato, lo cual nos lleva a plantearnos la obligatoriedad de los mismos como declaración unilateral, de lo cual nos encargamos más adelante.

Tampoco implica una incorporación contractual el art. 12 de Ley Orgánica de Protección de Datos personales (LOPD) ni el art.18 de la Ley 34/2002 de 11 de Julio¹⁴⁹ relativa a los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico¹⁵⁰.

¹⁴⁹ El apartado 1 del artículo 18 ha sido redactado por el apartado dos de la disposición final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones («B.O.E.» 10 mayo; Corrección de errores «B.O.E.» 17 mayo).

¹⁵⁰ Artículo 18 Códigos de conducta *“1. Las administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley. La Administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional.*

Los códigos de conducta que afecten a los consumidores y usuarios estarán sujetos, además, al capítulo V de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

Los códigos de conducta podrán tratar, en particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información.

2. En la elaboración de dichos códigos, habrá de garantizarse la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y la de las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas, cuando afecten a sus respectivos intereses.

Cuando su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias.

Otra posibilidad, sería que los reputásemos como cláusulas predispuestas para su incorporación a una pluralidad de contratos, es decir, condiciones generales en el sentido de la Ley de 13 de Abril de 1998. En uno y en otro caso, nos encontraríamos ante una vía de incorporación al contrato, pues el código dejaría de ser una mera determinación teórica de inciertos efectos jurídicos, para convertirse en un conjunto normativo obligatorio en Derecho (en sentido coactivo). De este modo lograríamos evitar la existencia de códigos que, so pretexto del carácter no vinculante de los mismos, hiciesen afirmaciones dirigidas a crear confianza pero sin consecuencias vinculantes (en sentido de jurídico- coactivas) claras y, sobre todo, estaríamos en condiciones de exigir coactivamente su cumplimiento. Esto resultaría enormemente útil en la medida en que los códigos obligan, por voluntad del contratante, a comportamientos que son muy convenientes si bien no llega a exigir la ley o que ésta exige de modo excesivamente laxo, mientras la realidad requiere un nivel de compromiso o de transformación de las conductas más intenso (así por ejemplo, cierta responsabilidad en la edición de programas audiovisuales, gestión de foros de internet, prestación de servicios a menores etc.¹⁵¹).

Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los mismos.

3. Los códigos de conducta a los que hacen referencia los apartados precedentes deberán ser accesibles por vía electrónica. Se fomentará su traducción a otras lenguas oficiales, en el Estado y de la Unión Europea, con objeto de darles mayor difusión.”

¹⁵¹ Conductas no todas las cuales pueden llegar a ser parte de un contrato, al menos con acreedor cierto, aunque si susceptibles de comportamientos virtuosos más allá de la ley (contrato), a través de la costumbre, lo cual conecta con la afirmación de que “la crisis nos ha llevado a una exigencia moral más allá de la ley coactiva” (Gomá, en ORS, J. “La crisis nos ha llevado a una exigencia moral más allá de la ley”. Entrevista a Javier Gomá Lanzón. En La Razón, 28 de Octubre de 2014, Pags. 60 y 61).

Esta posibilidad es rechazada por CAVANILLAS, quien señala que, así como la publicidad se integra en el contrato con carácter unilateral engrosando los derechos del consumidor, las CGC ofrecen también derechos al predisponente lo cual permitiría, a su juicio, “adelgazar”¹⁵² los derechos de aquel¹⁵³.

Sin embargo, debemos considerar que, si bien es cierto lo que el autor señala, no lo es menos que las CGC implican un contenido del contrato aceptado por el pre-disponente y ofrecen unas condiciones de tutela más intensa para el contratante considerado débil (adherente) que las derivadas del control de la publicidad engañosa. Además, en tanto es el propio predisponente quien incorpora la CGC al contrato, ya se ha asumido su obligatoriedad por el mismo al momento de contratar (art. 1091 y 1254 CC). Sin embargo, en el caso de los CDCs entendidos como mera publicidad, se podrían producir mayores problemas probatorios; se requeriría un pronunciamiento jurisprudencial sobre la integración contractual para lograr por vía coactiva el cumplimiento; y se perderían las posibilidades de tutela propias de las CGC. Ahora bien, en caso de que no se lleve a cabo una incorporación del CDC al contenido de las CGC, es

¹⁵² Resulta a éste respecto interesante señalar que, así como los tribunales han llegado en determinados supuestos a admitir que un Código extienda obligaciones (ya por su incorporación al contrato, ya mediante su consideración al interpretarlo o regir la conducta contractual de las partes), no han admitido en cambio que las restrinja. Es decir, no se considera admisible la invocación de un CDC como determinante de la ausencia de responsabilidad (Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 148/2005 de 16 marzo. AC 2005\431).

¹⁵³ CAVANILLAS, S. “Códigos de conducta dirigidos a consumidores...”. *Ob.cit.*

evidente que la opción señalada por CAVANILLAS podría resultar sumamente interesante en un caso de incumplimiento¹⁵⁴ de las determinaciones del código.

En todo caso, hay que diferenciar ámbitos, pues no en todos los campos ni tipos de contratos es posible un tratamiento publicitario ni como cláusulas de los códigos de conducta, pues los comportamientos pretendidos por los mismos sobre- exceden del objeto del contrato¹⁵⁵.

En efecto, una y otra opción (la de encajar los CDCs en las condiciones generales, y la de darles el efecto publicitario), chocan con el problema de que en la mayor parte de los contratos en los que intervienen CDC la relación contractual no se entabla entre predisponerte y adherente, ni entre anunciante-consumidor¹⁵⁶ (que es el esquema básico en que se sustenta la regulación de las condiciones generales y del efecto contractual que se le concede legalmente a la publicidad), sino que se trata en la mayoría de los casos de contratos de tracto sucesivo entre prestadores de servicios¹⁵⁷. De ahí que, cambiando la opinión por mi mantenida con anterioridad¹⁵⁸, deba entender como más seguro el planteamiento de contemplar la incorporación contractual y, a falta de la

¹⁵⁴ Incumplimiento que no necesariamente debe ser el parámetro de para fijar una posición respecto de los CDC, pues en la inmensa mayoría de los casos, se verificará un cumplimiento voluntario de los mismos.

¹⁵⁵ Como veremos más adelante al analizar el problema desde el punto de vista del objeto de los contratos.

¹⁵⁶ Los pocos conflictos al respecto planteados, han ido por la línea de la demanda por publicidad engañosa, pero no por incorporar la conducta pautada por el CDC al contrato. Al respecto puede verse el caso Nike, y sobre el mismo RUBÍ PUIG, J. “Just pay it. La transacción Kasky vs Nike”. *InDret*. Working paper 171. Octubre 2003.
http://www.indret.com/pdf/171_es.pdf

¹⁵⁷ Cfr. SORO RUSELL, O. “Veinte años de resoluciones....”. *Ob. Cit.* Pág. 16 a 21, relativas al papel que juegan los CDCs en las relaciones contractuales a largo plazo.

¹⁵⁸ *Autorregulación y publicidad registral*. Fundación Registral. Madrid 2010. Pág. 40 y 41.

misma, considerar el CDC como un factor de integración contractual y como criterio de interpretación¹⁵⁹ del contrato¹⁶⁰.

3.2.2 El contrato normativo

Las anteriores consideraciones nos llevan a analizar un tema que puede tener un gran interés desde el punto de vista del presente trabajo, cual es la posible consideración del CDC como contrato normativo.

Según hemos destacado en los apartados anteriores, a la hora de lograr la plena efectividad como contrato de un CDC nos encontramos con el problema de que no termina de estar claro si el CDC forma o no parte del contrato, ya porque no integre propiamente su contenido, ya porque no sea parte del objeto de la obligación a que el contrato da lugar. Por otra parte, estando llamado a veces un CDC a regir una pluralidad de contratos, no cabe en el objeto o el contenido de algunos de ellos.

Sin embargo, si cabría mencionar la posibilidad de que el contrato fuese norma que rigiese una pluralidad de contratos. En la doctrina, SORO RUSSELL ha analizado esta posibilidad. Al respecto, destaca como en el ámbito de los

¹⁵⁹ Sobre todo a luz de lo dicho *supra*, sobre la buena fe (al tratar de los principios generales del derecho) y sobre el papel de los deberes jurídicos a la hora de persuadir la ejemplaridad.

¹⁶⁰ A decir de la autora “asimismo, el contenido de los códigos de conducta puede utilizarse como criterio de interpretación del contrato, sobre diversas bases legales. En efecto, entrañan en primer lugar unas pautas éticas y unos principios que debe utilizarse para averiguar la intención de los contratantes (art. 1281.2 CC), el sentido global de las cláusulas (art. 1284 y 1285 CC) e incluso como uso o forma de actuar ordinaria en un determinado sector y con capacidad para ser utilizada en contextos ajenos a los contratos celebrados entre los proveedores ajenos al código y sus clientes, supliendo la omisión de cláusulas frecuentes (art. 1278 CC)” (LLACER “Códigos de conducta...”. Ob.cit. Pag. 1552).

contratos de distribución¹⁶¹, en el que la conducta es un aspecto de gran relevancia, es habitual que se complemente un contrato con un CDC¹⁶². Códigos que no forman parte del contrato como tales, pero que evidentemente norman la conducta de las partes en el ámbito de la correspondiente relación contractual. En éste sentido, y en opinión de SORO, estaríamos ante un nuevo fenómeno de la autonomía privada: las partes de una determinada obligación consentirían la incorporación¹⁶³ del CDC como contenido suplementario de un determinado contrato¹⁶⁴. Esto incorporaría evidentemente el CDC al contrato e incluso haría del mismo propiamente un contrato¹⁶⁵. Contrato, eso si, suplementario de otra relación contractual¹⁶⁶.

Una naturaleza contractual que queda necesariamente constreñida al objeto propio del contrato normativo, aunque respecto de dicho objeto la

¹⁶¹ La existencia de códigos es habitual no sólo en materia de distribución sino también en otros contratos de tracto sucesivo como por ejemplo la franquicia. Así, existe un Código deontológico europeo de la franquicia.

¹⁶² SORO RUSELL, O. *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Reus, Madrid 2014. Pág. 206.

¹⁶³ Incorporación que de diferentes formas defienden otros autores, según hemos visto en el apartado correspondiente relativo al contrato.

¹⁶⁴ SORO RUSELL, O. *Ob. Cit.* Pág. 207.

¹⁶⁵ RODOTÁ admite el efecto vinculante propiamente jurídico- coactivo en determinados casos en los que existe una base contractual. Cfr. RODOTÁ, S. “Códigos de conducta: entre hard law y soft law”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Págs. 24 y 26.

¹⁶⁶ “Si los códigos de conducta que mencionamos son el fruto de un acuerdo de voluntades por el cual los sujetos participantes se comprometen a observar una conducta concreta en el seno de una determinada relación contractual, en tal virtud, pueden ser considerados como verdaderos pactos en el sentido del Código Civil, no veríamos ninguna dificultad para poder apreciar la naturaleza contractual de esos instrumentos” (SORO RUSELL *Ob. Cit.* Pág. 210).

conducta autorregulada tendría una gran importancia¹⁶⁷. Un ámbito que presenta algunos elementos característicos como son que

1º “Se trata de contratos que pretenden instituir y regular con la mayor precisión posible una singular relación de colaboración entre los firmantes”¹⁶⁸.

2º “Se trata de contratos que del mismo modo prevén y disciplinan la posibilidad de llevar a cabo futuros actos y negocios de aplicación, tanto entre los contratantes como expresamente también con terceros¹⁶⁹”.

Para estos supuestos, defiende SORO el encaje de los CDCs en la categoría del contrato normativo, en tanto se trata de un contrato que presenta las mismas características, pues

“ambas figuras reposarían en un acuerdo de voluntades destinado a regular una relación de larga duración y marcado carácter *intuitu personae*; en segundo lugar, en ambos casos en ambos existiría una estructura dual, al ostentar un valor y una eficacia jurídica propios, y pretender regular al mismo tiempo los efectos y consecuencias de una actuación futura; en tercer lugar, las do figuras contemplarían la posibilidad para las partes de relacionarse con terceros. Y, por último, en ambas figuras destacaría la especial relevancia de un contenido normativo que, más que conllevar la obligación de prestar bienes y servicios implicaría el deber de observar una conducta o pauta de comportamiento concretas en determinadas circunstancias” (SORO¹⁷⁰).

El enfoque es clarificador e interesante para todos aquellos casos en los que el carácter contractual este claro. Sin embargo, muchos CDC, aun

¹⁶⁷ “Estaríamos ante un contrato en el que el deber de respetar un comportamiento determinado podría ser tan importante o incluso más que el cumplimiento de una prestación prometida” (SORO RUSSELL, O. *Ob. Cit.* Pág. 211).

¹⁶⁸ *Ob. Cit.* Pág. 211.

¹⁶⁹ De ahí el problema de la relatividad al que nos referiremos enseguida.

¹⁷⁰ *Ob. Cit.* Pág. 212.

presentando los rasgos del contrato normativo en cuanto a los sujetos, ámbito y contenido normativo, no han sido configurados propiamente como tales contratos, lo cual no permitirá en todos los casos encajarlos en esta figura.

3.2.3 El objeto de los contratos

De los apartados anteriores puede extraerse como conclusión provisional que los CDCs pueden, en determinados casos, formar parte del contrato o bien complementar a un contrato.

Sin embargo, pese a ello, a veces surgen incertidumbres acerca de si el CDC encaja propiamente o no en un contrato. El centro del problema, en mi humilde opinión, afecta decisivamente a un elemento del contrato cual es el objeto.

Se ha discutido mucho a la hora de conceptualizar el objeto de los contratos, habiéndose dicho incluso que los contratos son fuente de obligaciones pero no tienen propiamente objetos. Se discutió si el objeto de los contratos es propiamente la cosa, o también las prestaciones. El Art. 1254 CC, al decir “*hacer alguna cosa o prestar algún servicio*”, parece optar por la idea de prestación. Y así, a día de hoy, la doctrina asentada es que el objeto sería “la unidad pasiva de referencia...de aquí que como objetos del contrato sea posible admitir las más variadas realidades” (DIEZ- PICAZO¹⁷¹). Entre estas realidades se incluiría “el comportamiento de las personas en tanto puede proporcionar

¹⁷¹ *Fundamentos...Ob. Cit.* Tomo I, Pág. 250.

una utilidad o un valor económico”¹⁷², pues no podemos olvidar que “como el dar es también un hacer, cualquier obligación supone la necesidad de una conducta positiva o negativa del obligado”¹⁷³. Y es que “no podemos excluir de nuestra contemplación, en calidad de objeto del negocio aunque se identifique en parte con el contenido, a los actos y entes en que se materializa la prestación” (DELGADO ECHEVERRÍA¹⁷⁴).

Siendo opinión clara que la conducta puede formar parte del objeto del contrato, el principal problema que se produce respecto de los CDCs, además de saber si estamos propiamente ante un contrato (lo cual no siempre es claro), sería si el CDC ha pasado a formar o no parte de un concreto contrato en cuanto prestación- objeto del mismo. En efecto, no son extraños los casos de códigos que dictan reglas sobre la conducta llamados a ser observados en una pluralidad de contratos: por ejemplo, reglas que haya de observar una multinacional con sus empleados y proveedores. El problema central sería saber si propiamente forma parte o no del objeto del contrato en concreto (con un empleado o con un proveedor). Si la incorporación fuese clara, hay que entender que no habría problema. Pero si no se ha dicho expresamente ni que el CDC forma parte del contrato, ni que haya de tenerse en cuenta para integrar el mismo, entonces la exigibilidad coactiva no está clara. Y no lo está, no tanto por el valor contractual o no que el CDC tenga, sino por la falta de concreta incorporación al contrato de

¹⁷² DIEZ- PICAZO, L. *Fundamentos...Ob. Cit.* Tomo I, Pág. 250.

¹⁷³ En LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones.* Volumen I. Bosch. Barcelona 1994, Pág. 58.

¹⁷⁴ En LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones.* Volumen I. Bosch. Barcelona 1994, Pág. 437.

que se trate. Así, cuando cierta doctrina¹⁷⁵ ha destacado el problema de la falta de certidumbre sobre quien es el acreedor¹⁷⁶ respecto de un CDC, está haciendo referencia a que en los contratos donde existen acreedores ciertos no está claro hasta que punto el CDC forma parte del objeto de los contratos en cuestión.

Por otra parte, debemos señalar que, en tanto los CDC se ubican más en el orden de los principios que en el de las reglas¹⁷⁷, y que por tanto sería más bien una suerte de “mandato de optimización”¹⁷⁸ susceptible de cumplimiento solo en grado pero no de manera cierta, a veces la conducta autorregulada no puede formar parte del objeto de un contrato precisamente por falta de concreta determinación (Art. 1271 a 1273 CC) o certidumbre (Art. 1261.2º CC).

3.2.4 Los CDCs en la doctrina de la causa

El Art. 1262 CC exige para que haya contrato, la concurrencia de voluntades sobre “*la cosa y la causa*” que son materia del contrato. Como se ha visto, los CDCs exceden muchas veces de la prestación (cosa) objeto del contrato. Si consideramos que la materia del contrato no es solo el objeto, sino que también la causa contribuye a la fijación de la materia, puede resultar un ángulo interesante en una buena comprensión del problema de los CDC respecto del contrato ver hasta que punto exceden de la causa o contribuyen de algún modo a la fijación o juego de la misma.

¹⁷⁵ ILLESCAS ORTIZ, R. “La autorregulación....”. *Ob. Cit.* Págs. 304 a 308.

¹⁷⁶ Ver el apartado del presente capítulo sobre el problema de la relatividad.

¹⁷⁷ Aspecto sobre el cual profundizaremos más adelante al tratar de procurar una explicación Filosófica al fenómeno.

¹⁷⁸ Que es lo que son los principios a decir de ALEXY, R. *Ob. Cit.* Págs. 86 y 87.

Al tratar de la doctrina de la causa en la relación negocial en *El negocio jurídico*, DE CASTRO dedicó un generoso número de páginas (en esa sede, y no en la del efecto de los contratos, que es donde la cláusula *rebus* se suele estudiar) a la discutida cláusula implícita “*rebus sic stantibus*”¹⁷⁹. La cuestión fundamental que llevaba a valorar dicha cláusula era saber si los contratos pueden seguir produciendo las “mismas obligaciones aunque circunstancias imprevistas hagan que si continúa su cumplimiento ellas pierden su originario carácter recíproco” (CASTRO¹⁸⁰), lo cual tiene una importancia capital desde la causa pues, en el sentido del Art. 1274 CC, la alteración de las circunstancias para cada parte contratante puede conllevar a una pérdida de lo que *ab initio* del contrato se tuvo por causa.

“Esta cuestión no hay por qué plantearla en el plano subjetivo: ¿Qué hubieran querido las partes? Sería abandonarse al juego de las hipótesis y suposiciones adivinatorias. En cambio, en el objetivo se presenta de forma más clara y directa: ¿Qué respuesta es la adecuada a la naturaleza del contrato?, ¿un contrato oneroso puede originar consecuencias propias de un contrato gratuito o de un contrato aleatorio?” (DE CASTRO)¹⁸¹.

Considerar que el contrato se entiende de acuerdo con su base¹⁸², y que la alteración de las circunstancias debe dar lugar a la alteración de las obligaciones que nacen del contrato, ocasiona “una ilimitada incertidumbre sobre la eficacia

¹⁷⁹ *El negocio jurídico....Ob. Cit.* Págs. 314 a 321.

¹⁸⁰ DE CASTRO, F. de. *El negocio....Ob. Cit.* Pág. 317. “Se paga por nada (imposibilidad del uso o del servicio) o con nada (devaluación de la moneda)”, decía don Federico (nota 12, de dicha página).

¹⁸¹ DE CASTRO, F. de. *El negocio....Ob. Cit.* Pág. 318.

¹⁸² La base del negocio, concepto manejado en más de una ocasión por la doctrina del TS, tiene también su importancia en relación a la causa, siendo tratada por CASTRO inmediatamente después de la cláusula *rebus sic stantibus* (Cfr. *Ob. Cit.* Págs. 321 a 326).

de los contratos”¹⁸³. Por ello el Tribunal Supremo ha sido restrictivo en la admisión de la cláusula¹⁸⁴.

La cuestión no es baladí vista desde la óptica de la autorregulación que estudiamos. Como ha destacado cierta doctrina, los CDCs tienen y han tenido una singular importancia en el ámbito de los contratos de distribución¹⁸⁵, uno de los pocos ámbitos en donde realmente surten los efectos propios de un contrato como elemento complementario¹⁸⁶ del mismo¹⁸⁷. Las relaciones de distribución, como en general los contratos de tracto sucesivo, están necesariamente afectadas por la incertidumbre. Dicha incertidumbre ha dado lugar a toda clase de discusiones sobre si se debe o no admitir la alteración de la obligación por la alteración de las circunstancias. Incertidumbres que se han ido solucionando a base de aplicar la cláusula *rebus*, o bien mediante pactos en donde el nivel de previsión de la aleatoriedad fuese más intenso. Cuando los CDCs se incorporan al contrato en calidad de tales pactos, los mismos procuran disminuir dicha incertidumbre. Aun sin dicha incorporación, es evidente que un

¹⁸³ DE CASTRO, F. de. *El negocio....Ob. Cit.* Pág. 318.

¹⁸⁴ Con ocasión de la crisis, parece que se ha admitido su aplicación a contratos en los que no era frecuente tenerla presente como por ejemplo los bancarios o el de compraventa. En general se considera que no es aplicable cuando la alteración de las circunstancias es consecuencia de riesgos inherentes a la naturaleza del contrato. En este punto resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 2013. Al respecto, vid. MARTÍN NARROS, H.D. “La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos bancarios y su interpretación por la Sentencia de 29 de Octubre de 2013 y la jurisprudencia menor”. En *RCDI*. Num. 747. Págs. 532 a 559.

¹⁸⁵ Cfr. SORO RUSELL, O. *Ob. Cit.* Pág. 206.

¹⁸⁶ Lo cual los hace especialmente valiosos desde la óptica del contrato normativo, sede en la que los estudia SORO en la obra citada.

¹⁸⁷ Lo cual ha dado lugar a la escasa jurisprudencia en la materia, estudiada por el mismo autor: SORO RUSELL, O. “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”. *InDret.com*. Barcelona, Abril de 2010.

CDC procura generar una determinada confianza o reputación que disminuya la incertidumbre en los contratos de larga duración. En ellos, sea o no aplicable en el caso la revisión por cláusula *rebus*, es evidente que los CDC procuran suplir la falta de aplicación de la regla *rebus*, disminuyendo incertidumbres, y con ello sirven a la estabilidad de la causa inicial a lo largo de la vida de la relación obligatoria. En este sentido, los CDCs desempeñan un papel en relación con la causa de los contratos, pues en aquellos casos en los que las circunstancias no llegan a generar una alteración de la base tal que determine la alteración de la causa en grado bastante para revisar el contrato, introducen un compromiso de revisión que suscita confianza frente a la aleatoriedad a la que a veces se ven sometidos contratos con causa onerosa.

Un ejemplo destacado de esto lo tenemos en el préstamo hipotecario al que va destinado el código de conducta llamado por el Real Decreto Ley 6/2012 y que es objeto de estudio en la parte final del presente trabajo:

En un préstamo hipotecario, la fluctuación de los precios y de los tipos de interés tiene una gran trascendencia. Un piso comprado por 250.000€ en 2005 puede valer 150.000€ en 2015. El préstamo con el que se financió la compra puede haber experimentado variaciones en el interés aplicable. Ello introduce un fuerte componente de aleatoriedad que suele ser suplido por medio de pactos como las cláusulas de estabilización a las que se refiere el Art. 219. 3 del Reglamento de la Ley Hipotecaria. Dichos pactos procuran mantener la equivalencia posible, la onerosidad posible de la causa del préstamo, sin dejar de abrirse a los cambios que las fluctuaciones puedan producir. Normalmente, el beneficiario de la estructura del contrato son ambas partes si, a la vez que se pagan intereses, sube el precio del bien comprado con el importe del préstamo.

Sin embargo, cuando los precios caen (como ha ocurrido en general en el periodo 2008- 2015), las circunstancias complican la pervivencia del contrato en su condiciones iniciales. Frente a ello cabe pactar todo lo pactable, prever todo lo previsible, ahogar el contrato en seguros y contratos conexos y complementarios, procurar eliminar todo atisbo de aleatoriedad manteniendo la base del contrato intacta. Pero como ello no siempre es posible, y además parte de la desconfianza, cabe introducir certidumbre mediante un compromiso de ejemplaridad de que se van a observar ciertas conductas (quita, espera, dación) con ciertos deudores en caso de que las circunstancias se alteren excesivamente. A ello responde la entrada de la autorregulación en el mercado hipotecario: al intento de suscitar confianza sobre la permanencia de la causa.

Los CDC, aunque no formen parte de la cosa ni de la causa, pueden sin embargo contribuir a la determinación de las mismas en condiciones más confiables, siendo en ocasiones determinantes de la prestación del consentimiento.

3.2.5 El problema de la relatividad

En cualquier caso, las anteriores consideraciones no se puede entender que sean universalmente válidas para todos los casos en los que se puede plantear la integración del contrato por medio de códigos de conducta. Hay que tener en cuenta que los códigos, normalmente, rigen en una pluralidad de contratos que están entrelazados en la actividad de un sector o de una entidad: debemos valorar también los CDC, aunque se dirijan normalmente a crear confianza en los consumidores, rigen también (y en realidad es el campo donde

más posibilidades tienen de lograr eficacia contractual) en las relaciones entre empleadores y empleados o entre prestadores y sus proveedores.

Por otra parte, podríamos preguntarnos qué pasa con los códigos que regulan la conducta de una pluralidad de agentes que voluntariamente se someten *entre si o respecto a una organización* a un determinado sistema de control de conductas (por ejemplo, entidades prestadoras de servicios de comercio electrónico)¹⁸⁸. En estos casos, la relatividad contractual se da entre cada empresa y sus co-contratantes, pero también podría darse entre los firmantes del CDC. Si este se redacta como mera adhesión unilateral no hay vinculación *a priori* (salvo que consideremos la declaración unilateral como fuente de obligaciones), pero si se decide dar carácter contractual al CDC, entonces o bien se trata de un contrato entre los adheridos¹⁸⁹ del mismo (es decir las entidades que han asumido el CDC)¹⁹⁰, o bien se trata de obligaciones¹⁹¹ asumidas en el marco de la pertenencia a un entidad¹⁹².

¹⁸⁸ V. gr. el caso de los CDC que regulan las relaciones entre entidades de un sector, comprometiéndolas a algo en concreto en su actuación en el mercado. El RD 1163/2005 de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión, exige especialmente que se contemple la adhesión de prestadores que no sean miembros de la entidad promotora (Art.4.3).

¹⁸⁹ Empleamos la expresión adheridos en lugar de adherentes, pues éste significante tiene un significado muy preciso y claro en el Derecho de contratos como persona que se adhiere a un contrato por adhesión.

¹⁹⁰ Y ello en el caso de que efectivamente se haya configurado como un contrato, lo cual no siempre es así.

¹⁹¹ A decir de SORO “no estamos...ante meras recomendaciones, ante directrices desprovistas de toda exigibilidad, sino que se trata de verdaderos elencos de normas cuyo cumplimiento es impuesto por los adherentes y que podría ser exigido tanto por la persona encargada de supervisar su observancia como por el resto de adherentes” (SORO RUSSELL, O. Ob. Cit. Pág. 35).

¹⁹² Normalmente a una asociación (por ejemplo, Autocontrol de la publicidad), con el efecto vinculante de estar sancionado con la expulsión de la misma el no cumplir las prescripciones del CDC. Esto puede plantear no pocos problemas desde la óptica del Derecho de la competencia, lo

Contemplando la multiplicidad de relaciones jurídicas contractuales en las que pueden verse vinculadas las entidades llamadas a regir por un código su conducta, se hace necesario determinar con claridad cada tipo de relaciones y qué derechos pueden tener quienes no forman parte de un vínculo determinado respecto de la misma. Así, puede plantearse la cuestión ineludible: ¿qué pasa con los consumidores?, ¿qué medios pueden tener estos para exigir el cumplimiento del CDC pactado por prestadores entre si, o con una entidad, o con proveedores y empleados, pero no con el consumidor (a quien, sin embargo, el CDC pretende “conquistar”? Si el mismo se incorpora a los contratos de las entidades autorreguladas con los consumidores, es evidente que pasan a ser acreedores (en los términos indicados más arriba). Sin embargo, si no se incorpora, volvemos al problema inicial: el CDC *per se* y sin que quede claro que forma parte de la “cosa y la causa que han de constituir el contrato” (Art. 1262 CC) no obliga, lo cual hace que sea una mera declaración sin valor jurídico-coactivo¹⁹³ de una entidad. En estos casos podrá exigírsele¹⁹⁴ una conducta determinada por los demás adherentes al CDC o por el organismo supervisor creado *ad hoc* (en la medida en que dicha adhesión sea de naturaleza contractual), pero no por los consumidores a los que se ha dado una confianza legítima. Al menos no en términos de exigibilidad jurídica- coactiva (aunque si, evidentemente, en términos de exigibilidad moral¹⁹⁵ y reputacional¹⁹⁶). Y no

cual ha dado lugar a ciertas resoluciones. Sobre las mismas, vid. SORO RUSELL, O. Ob. Cit. Pág. 28 y ss.

¹⁹³ Con la fuerza directiva señalada, en todo caso. Con incuestionable valor reputacional.

¹⁹⁴ Sobre todo si hay un vínculo contractual o asociativo.

¹⁹⁵ De ahí la necesidad de considerar el fenómeno desde la unidad del orden moral apuntada al tratar del mismo en relación a la Filosofía del Derecho.

¹⁹⁶ Por ejemplo, respecto del Código de Buenas Prácticas contenido en el Real Decreto 6/2012, que será objeto de estudio más adelante, ARRUÑADA ha criticado que la supuesta

podrá exigírsele, porque, en el contrato no está el CDC (problema de objeto y causa vistos) y porque en el CDC no está el contrato, es decir, no ha habido consentimiento en incorporar el mismo, y por tanto falta al consumidor, respecto de la conducta codificada, la condición de acreedor.

Sin embargo, junto a esto, habría que señalar que a veces se da la extraña situación plurilateral de que el redactor del código de conducta es el acreedor en alguno de los contratos en los que el mismo podría ser elemento interpretativo o integrativo¹⁹⁷. Así, por ejemplo, en el caso antes visto de la multinacional española del textil Inditex, es la propia Inditex quien redacta-lanza- propone-dispone el CDC. Los llamados (y en su caso, obligados –si consideramos que el CDC tiene encaje en la relación obligatoria que les vincula con Inditex-) a cumplirlo, son los proveedores y trabajadores de la misma. Y sin embargo, desde una óptica de mercado, a quien la opinión pública verá como acreedores de un determinado comportamiento por parte de la prestadora de servicios (y sus empleados y proveedores), es a los consumidores y clientes de la propia Inditex. Unos consumidores que no gozan respecto de la misma de más “arma” que sus contratos de compraventa (arma poderosísima en el caso de que decidan no celebrarlos como sanción a la conducta desviada de la prestadora de servicios), en los cuales el objeto del contrato dista mucho del objeto del CDC.

voluntariedad del mismo no es tan clara por el riesgo reputacional que puede generar a los adherentes. Cfr. ARRUÑADA, B. “La reforma de la responsabilidad hipotecaria”. En *RCDI*. Número 731. 2012. Pág. 1276.

¹⁹⁷ Lo cual suele suceder en las relaciones contractuales a largo plazo, respecto de las cuales han recaído puntuales sentencias dando diverso valor a los códigos de conducta. Al respecto vid. SORO RUSELL, O. *Op. Cit.* Pág. 16 a 21.

Ello hace que resulte realmente problemático encajar en las relaciones contractuales algunos CDCs¹⁹⁸.

En todo caso, tanto si dudamos sobre la exigibilidad del CDC, como si nos planteamos el problema de la pluralidad de relaciones contractuales (que hace que a veces el ente autorregulado sea acreedor y no deudor, del comportamiento esperado), el problema en la articulación de las relaciones llamadas a estar regidas por el CDC será saber quien es acreedor y deudor en cada caso. Algo que en ocasiones está claro (por ejemplo, prestador respecto de proveedor), pero que en muchos casos no, en tanto el CDC no se incorpora a una cosa y una causa sobre la cual versa un consentimiento. Pensemos en la relación prestador-consumidor en las que se espera una determinada conducta, pero ni se ha celebrado un contrato ni la conducta es parte de la prestación (pues solo pretende suscitar confianza): no habría un acreedor cierto, sino una pluralidad o multiplicidad de acreedores, lo cual produce una quiebra de la relatividad¹⁹⁹ porque el encaje del CDC en el contrato (además de los problemas de objeto o causa) es complicado por no coincidir la relatividad contractual con la relación de confianza en la que el CDC juega un papel. De otro modo, surge un número potencialmente ilimitado de acreedores respecto a la obligación “contractual” que podría originar el código de conducta, y paralelamente quien era “deudor” del mismo es acreedor en otras relaciones.

¹⁹⁸ Sin embargo, considerados desde la óptica de la ejemplaridad, del cumplir o explicar, del riesgo reputacional, de los deberes de colaboración con la *polis*, de la *vis directiva*, es evidente que está perfectamente claro qué comportamiento se espera, y por parte de quien.

¹⁹⁹ Como señala ILLESCAS, R. “La autorregulación: entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad”. *Derecho Privado y Constitución*, num.17. Enero-Diciembre 2003. Pags. 304 a 308.

Relacionado también con el tema de la relatividad, habríamos de señalar que, en tanto la fuerza de ley que el art. 1091 del CC reconoce a los acuerdos privados está directamente asociada a que los mismos hayan sido adoptados dentro de los límites legales ex. art. 1255 CC, habrá que estar a dichos límites y actuar dentro del margen de los mismos, lo cual constituye otro problema a tener en cuenta²⁰⁰. Y en ocasiones ocurre que los CDC se redactan para afectar a sujetos que no están vinculados contractualmente con quien pretende exigírselos. Ello es evidentemente un problema para su eficacia, pero también una garantía, como veremos al tratar de los CDC no asumidos voluntariamente.

Vistos todos estos aspectos de los CDCs respecto de tantos acreedores y deudores afectados, si tuviésemos que establecer alguna conclusión respecto del papel que puedan jugar los códigos de conducta como contratos, es que ésta posibilidad sólo está clara, desde la óptica de la vinculación coactiva que genera el contrato, en el caso de los contratos entre el ente llamado a observar la conducta y sus co-contratantes a quienes se decida imponer el CDC como parte del contrato. En ése caso, la virtualidad del código sería clara en caso de cumplimiento forzoso: en el ejemplo, la multinacional, podría resolver el contrato en el que el CDC se haya insertado por incumplimiento. Respecto de la relación con los consumidores²⁰¹, la no incorporación de la conducta a la prestación contractual impide una exigibilidad coactiva en el contrato; pero

²⁰⁰ En este sentido recuerda DE LA CUESTA que “con referencia al contenido de las normas creadas por la autonomía de la voluntad es necesario decir que sólo pueden tener como ámbito material de juego aquel al que se extiende su eficacia ordenadora directa e inmediata que es el de las relaciones e instituciones en que participen o intervengan los sujetos que libremente se han impuesto tales normas; de este modo, su alcance material se conjuga con la extensión del grupo de sujetos sometidos a las normas”. DE LA CUESTA, J.M^a. “La autorregulación como...”. *Ob.cit.*

²⁰¹ Y aun en éste caso, habría mucho que discutir sobre si el código es integrativo, interpretativo, quien es el acreedor y si el código entra dentro de la materia disponible por el contrato.

permitiendo generar confianza o desconfianza determinantes de la celebración del contrato, la costumbre y la ejemplaridad nos dan respuestas más claras²⁰² sobre lo que pasa, lo que se puede exigir y como se puede exigir (lo cual nos remite al problema de los CDC sin sanción y su explicación filosófica, que procuraremos en el apartado de Filosofía del Derecho) en la medida en que, quebrando la relatividad, el vínculo que quiere generar el CDC (de confianza entre prestador y consumidor) no coincide con los vínculos contractuales en los que el CDC podría ser coactivamente exigido.

3.3 La declaración unilateral

Junto a los contratos y los cuasicontratos como fuentes de las obligaciones, cierta doctrina considera la posibilidad de que las declaraciones unilaterales puedan ser admitidas como generadoras de obligación. Así, ya en el Derecho Romano²⁰³ se admitió según cierta doctrina²⁰⁴ la promesa unilateral como fuente de obligaciones para el que la realizaba, incluso sin necesidad de aceptación²⁰⁵, defendiéndose la existencia de la misma en el Derecho

²⁰² De modo que es más interesante el test de cumplimiento, que el de incumplimiento, es decir: ver qué pasa cuando cumplen y no tanto cuando fallan.

²⁰³ A decir de ARIAS RAMOS, la clasificación cuatripartita que más se cita en la actualidad (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito), no es admitida por toda la doctrina romana: en la clasificación primera de GAYO existía la referencia a *variis causarum figuris* en las cuales había un margen mucho más amplio (Cfr. ARIAS RAMOS, J. *Derecho romano*. EDERSA, Madrid 1969. Revisada por ARIAS BONET, J.A. Tomo II, Pág. 571). A decir de BONFANTE “en algunos casos excepcionales la obligación nace de la simple promesa o *pollicitatio*” (BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho romano*. Traducción de la octava edición italiana por BACCI, L. y LARROSA, A. Revisada por CAMPUZANO HORMA, F. Reus, Madrid 1929. Pág. 399).

²⁰⁴ Cfr. GUARINO, *Diritto privato romano*. Napoli 1966. DELL`AQUILA, E. Ob. Cit. Pág. 801.

²⁰⁵ Un importante sector de la doctrina no comparte que pueda obligar sin aceptación. Así, entre nosotros, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, “La voluntad unilateral como fuente de obligaciones”, en *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid 1948. Pág. 201-202. En la doctrina italiana PACCHIONI, *Corso di Diritto romano*, III, Torino 1922, pág. 168.

canónico²⁰⁶, y ampliándose en el Derecho intermedio su campo de aplicación²⁰⁷. En el Derecho Moderno, la promesa pública de recompensa del art. 657 del BGB, ha servido a ciertos autores para admitirla como una declaración de voluntad por virtud de la cual una persona se obliga a realizar una prestación a quien ejecute una actividad o logre un resultado.

En vista de ello, podríamos estudiar tanto esta figura en particular, como la declaración unilateral en general.

3.3.1 La promesa pública de recompensa y los CDC

La promesa pública de recompensa, es una figura que podría revestir interés a la hora de encontrar en ella un posible encaje vinculante coactivamente para los CDC, pues en ambos casos existe una promesa unilateral de realizar una prestación por parte de un agente del mercado, con efectos obligatorios. Con todo, debemos diferenciar ambas figuras, pues no es lo mismo la promesa de recompensa que el CDC. En efecto, en la promesa pública de recompensa, la promesa no va dirigida a una persona en concreto (o a una pluralidad de personas concretas: los potenciales consumidores), sino a un número indeterminado de personas, potenciales ejecutores de la conducta o resultado

²⁰⁶ Cfr. DELL`AQUILA, E. *Ob. Cit.* Pág. 801.

²⁰⁷ La Ley única, título 16 del Ordenamiento de Alcalá recogía que “pareciendo que quiso un ome obligar a otro por promisión, o por algún conracto, o en alguna otra manera, se tenudo de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepción que non fue hecha estipulación”. La misma regla permanece en las Ordenanzas Reales de Castilla (Ley 3.8.3), la Nueva Recopilación (Ley 5.16.2) y la Novísima Recopilación (Ley 10.1.1).

En la doctrina, MOLINA menciona la obligatoriedad en la disputación CCLIV del *De Iustitia et iure*. Los tratadistas ASSO y DE MANUEL, reafirmar la validez de dicha doctrina (ASSO y DE MANUEL, *Instituciones de Derecho civil*, Madrid 1786, pág. 171).

perseguido, que en acto sólo llegarán a ser uno o varios determinados. Ello es necesario, pues es el único modo de suscitar una determinada prestación que se pide a cambio de la promesa. La publicidad es necesaria y es un elemento esencial en la estructura de la promesa pública la “indeterminación del destinatario”²⁰⁸. Indeterminación que luego se determina en tanto sólo es uno quien entra en el “supuesto de hecho”²⁰⁹.

En el caso de los CDCs, sin embargo, es cierto que hay una indeterminación de las personas a quienes se “promete cierto premio” (los potenciales consumidores de la entidad autorregulada). Ahora bien, esa indeterminación no es tan esencial como en la promesa de recompensa, pues aunque necesitas a muchos para lo que buscas (consumidores), no te hace falta siempre un ámbito muy grande para encontrarlos (en tanto nos encontremos en nichos de mercado). Además, “aceptada”²¹⁰ la promesa, son muchos los que pueden entrar en el supuesto de hecho, de modo que puede haber acreedores ilimitados.

Con todo, la principal diferencia entre ambas figuras, a mi juicio, no estaría tanto en la estructura de los elementos personales, sino en la prestación y el contenido de la obligación: en la promesa pública de recompensa es la realización de la conducta o prestación que se recompensa, en tanto en el CDC es una conducta que busca ser recompensada con la captación del cliente.

²⁰⁸ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *La promesa pública de recompensa*. Bosch, Barcelona 1985. Págs. 95 y ss.

²⁰⁹ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Ob. Cit.* Págs. 122 y ss.

²¹⁰ Para la doctrina y los Códigos que admiten la figura (860 ABGB, 1989 CC Italia, Ley 521 Fuero Nuevo de Nafarroa), es la promesa y no la aceptación la determinante de la obligación. Cfr. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Ob. Cit.* Págs. 152 y ss. Por ello situamos entre comillas aceptada.

Aunque ambas buscan dar lugar a una relación sinalagmática en la que ambos obligados son recíprocamente acreedores y deudores uno de otro, en la promesa el deudor del dinero es el promitente, y en el CDC se busca suscitar un deudor de dinero a cambio de una prestación que no se pide, sino que se ofrece.

Es evidente que ambas figuras son muy diferentes y ello dificulta construir una obligatoriedad del CDC a partir de la promesa pública de recompensa. Dificultad, pero no imposibilidad, pues el fundamento que se quiera buscar a una y otra será bastante parecido.

En efecto, son varias las teorías que se han sostenido al respecto de la obligatoriedad de la promesa de recompensa. Algunos han querido sustentarla, sobre la base del dogma de la autonomía de la voluntad, en la existencia de una voluntad clara de obligarse, sin necesidad de concurrencia de voluntades (WORMS²¹¹). Otros han buscado la exigibilidad en la concurrencia de causa (DIEZ- PICAZO²¹² y LALAGUNA²¹³). Un tercer sector ha querido ver el fundamento de la obligatoriedad de la promesa en la confianza que se suscita con la declaración emitida²¹⁴, sobre todo en base a los principios de buena fe²¹⁵ y seguridad jurídica²¹⁶.

²¹¹ WORMS, R. *De la volonté unilatérale considérée come source de obligations en Droit romaine et in Droit Francaise*, Girard, Paris, 1891, Págs. 197 y ss.

²¹² DIEZ- PICAZO PONCE DE LEON, L. “Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Anuario de Derecho civil*, 1974. Recogido en *Ensayos jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur menor 2011. Págs. 1985 a 1996.

²¹³ LALAGUNA DOMINGUEZ, E. “La voluntad unilateral como fuente de obligaciones” *Revista de derecho privado*, Vol. 59, N°. 9 (OCT), 1975, págs. 801-826.

²¹⁴ Así GORLA, G. “Il potere de la volontà nella promessa come negozio giuridico”. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954- I. Págs. 18 y ss.

Buscar la causa, más en un sistema objetivista como el español (art. 1274 CC), en un CDC sería todo un reto que nos devolvería al problema de la materia del contrato. Si procuramos encajar la fundamentación en la existencia de una clara voluntad de obligarse, lo normal será que no encontremos la claridad de dicha voluntad, en tanto la mayoría de los CDCs sólo pretenden suscitar confianza, y no tanto el derecho subjetivo a una prestación determinada.

Por ello, si tuviésemos que valorar el encaje de los CDCs, en algún fundamento a la obligatoriedad de la declaración unilateral en que consisten, habríamos de acoger la doctrina de la confianza legítima.

3.3.2 Los CDC como declaración unilateral

Más allá de las luces que nos proporcione la figura de la promesa pública de recompensa, debemos profundizar en la doctrina sobre la obligatoriedad de las declaraciones unilaterales para valorar el encaje en las mismas de los CDCs.

En cuanto a su admisibilidad con carácter general (en el Derecho vigente y presente, y según las concepciones filosóficas en que el mismo se cimenta²¹⁷), lo cual nos permitiría aplicarla a los CDCs objeto de este estudio, la doctrina considera que no cabe hablar de la obligatoriedad de la declaración unilateral si

²¹⁵ Explorando acerca del juego de la buena fe en el desarrollo del contrato, del juego por medio de la misma de los principios generales del Derecho, de la penetración de la moral y la ejemplaridad en la realización del Derecho por medio de la exigencia de la buena fe....se pueden obtener resultados muy clarificadores. Nos remitimos a los apartados de este estudio relativos a la Moral y el Derecho (capítulo 2) y a los principios generales (capítulo 3).

²¹⁶ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Ob. Cit.* Pág. 204.

²¹⁷ Desde una concepción más iusnaturalista, aunque seguramente también más post-postivista, el resultado sería otro: y de hecho otro era en el Derecho español anterior al Código, que respondía más a esta concepción natural del Derecho.

la ley expresamente no la señala.²¹⁸, y en todo caso mediante la aceptación de quien vaya a ser acreedor²¹⁹.

Precisamente en la aceptación²²⁰ del posible beneficiario es donde encuentra cierta doctrina la clave²²¹ de la generación de efectos por las declaraciones unilaterales²²², si bien no faltan quienes postulan la obligatoriedad aún sin aceptación²²³, dada la confianza que genera la declaración unilateral y por el efecto que tiene en nuestro ordenamiento el principio de autonomía²²⁴ privada (así ARJONA GUAJARDO- FAJARDO²²⁵).

²¹⁸ A este respecto, afirma DIEZ-PICAZO que “el fenómeno químicamente puro de la declaración unilateral de voluntad no es suficiente para constituir una genuina declaración obligatoria, salvo en los casos expresamente tipificados por la ley” DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos...Ob. Cit.*, p.171.

²¹⁹ Ahora bien, el mismo DIEZ- PICAZO añade que “la promesa unilateral puede engendrar solamente una situación de vinculación del promitente, en tanto no sea revocada, que posee un simple valor preparatorio de la relación por virtud de la aceptación del destinatario” (*Ob. Cit.*, p.171).

²²⁰ Recientemente, la Sentencia Engler vs. Versand de 20 de Enero de 2005, ha admitido la obligatoriedad de una declaración unilateral, si bien dejando claros los actos de la parte acreedora, cuya aceptación se valora. Con todo, el Tribunal deja “abierta la puerta a que la vinculación del promitente se produzca con su sola declaración de voluntar en atención a las circunstancias concurrentes” (VAQUER ALOY, A. Actos y contratos unilaterales. En PARRA LUCÁN, M. A. (Coord). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014. Pags. 169 a 199, Pág. 186).

²²¹ Lo cual implica, volviendo al caso típico de la promesa de recompensa, prescindir de la doctrinas sobre su fundamento en la simple voluntad del obligado o en la confianza, y centrarse en la exigencia de causa en un sentido objetivista de concurrencia de consentimientos y prestaciones entre ambos interesados. Una concurrencia que, como hemos visto al tratar del contrato, no está clara en el caso de los CDC.

²²² No así en el caso de la promesa pública de recompensa, como hemos visto.

²²³ VAQUER señala razones prácticas. *Ob. Cit.* Pág. 190.

²²⁴ Acogiendo con ello la tesis voluntarista de WORMS, que como digo es dudoso que sea aplicable a los CDCs, en los que la voluntad de obligarse no es ni mucho menos tan clara.

²²⁵ ARJONA GUAJARDO- FAJARDO, J.L. *Promesas unilaterales y donaciones*. Marcial Pons- Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Madrid- Barcelona 1998. Pag.127. Este mismo autor entiende posible incluir las declaraciones unilaterales entre las fuentes de las obligaciones, considerando que las declaraciones unilaterales son fuentes de las obligaciones voluntarias, si bien que las mismas tienen su origen en la expresión de una voluntad unilateral y no bilateral (vid. Pags. 199 a 203).

Si trasladamos estas ideas al campo de los CDCs, podríamos comenzar por señalar que los mismos son de modo indudable una declaración unilateral de quién se compromete a observarlos. Y en tanto dicho compromiso no se incorpore a un contrato, se trata de una simple declaración unilateral. Dicha declaración unilateral puede actuar en una doble dirección: tanto respecto a los demás adherentes a un mismo CDC (en la medida en que no estemos ante un contrato o vínculo asociativo entre ellos), como sobre todo respecto a los aceptantes que con el promitente en cuestión se relacionen. Considerado esto, ¿podríamos estimar la existencia de un derecho de crédito para los adherentes en caso de que se incumpliese la conducta codificada por parte de la entidad llamada a observarla? A la vista de las conclusiones a las que llega la doctrina en la materia, ello sólo sería posible por determinación de la ley o bien mediante aceptación de los consumidores en cuestión²²⁶. Ello requeriría, a mi modo de ver, o bien que una ley estableciese el carácter vinculante de los CDCs públicamente establecidos²²⁷, o bien que se entendiese que las partes aceptan la promesa que constituye el CDC y que ésta estuviese incorporada a un contrato, ya sea por medio de una declaración expresa, ya por medio de la incorporación de una cláusula al respecto en los contratos que los consumidores celebren por el promitente en cuestión (en el caso de que estemos ante condiciones generales). Igualmente habría que plantearse si una reclamación de

²²⁶ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos....Ob.cit*, p.173.

²²⁷ En los términos en los que son obligatorios los folletos informativos en Leyes ya vigentes pero referidas a materias concretas (v.gr. así en el caso del art. 42 de la Ley 42/1998 de 15 de Diciembre sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, o bien el caso del art. 153 del Texto Refundido de la Ley para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, en lo referente a los viajes combinados, antes mencionadas).

cumplimiento forzoso implica o no la aceptación: habría que estimar que sólo quien acepta reclama y ello sería una suerte de aceptación tácita.

De optarse por cualquiera de estas posibilidades²²⁸ (y con el problema indicado de la incorporación contractual, lo cual nos devuelve al apartado anterior), es claro que los CDCs serían obligatorios para todos los que puedan verse beneficiados por su observancia.

A falta de un precepto general sobre la materia que nos permita hablar de fuente de obligaciones, los únicos modos serían, eso sí, o bien articular un sistema de vinculación por ley de cuantos prestadores de servicios se comprometan a observar un CDC determinado (opción que no considero adecuada, en tanto ello sería incapaz de albergar la inmensa cantidad de supuestos de autorregulación, no todos los cuales encajan en la figura de la declaración unilateral), o bien articular un mecanismo para la aceptación de la “promesa” que la publicación del CDC podría constituir por los redactores del mismo (lo cual en realidad, nos reconduce al contrato)²²⁹. Por la primera de las posibilidades parece haber optado la Ley Audiovisual (art. 12.1 y 3) y la reformada Ley de Competencia Desleal (art. 37.4). Ahora bien, así como la Ley Audiovisual encomienda a las autoridades audiovisuales el velar por el cumplimiento de los CDC (art. 12.3 LA), la Ley de Competencia Desleal parte de

²²⁸ Que no serían aplicables a todo tipo de contratos en tanto no siempre se produce el debido encaje en el objeto de un contrato determinado, como hemos visto en el apartado correspondiente.

²²⁹ Teniendo en cuenta que en muchos casos la adhesión a CDC está siendo promovida por las Administraciones Públicas, en concreto por servicios de protección a los consumidores, no sería imposible que se pudiese promover, además de la adhesión al CDC previamente redactado por el servicio de consumo correspondiente, el establecimiento de un mecanismo de aceptación por los consumidores o una declaración general según la cual el adherente al CDC lo ofrece como promesa a sus respectivos consumidores y clientes, quienes podrán exigir su cumplimiento mediante la aceptación de la misma.

que serán los órganos independientes autoimpuestos por las entidades que se comprometen a observar un CDC los que deberán asegurar que dicho Código será observado (art. 37.4 LCD). En todo caso, no parece que se haya reconocido legalmente una acción de los beneficiarios por el CDC para exigir judicialmente su cumplimiento²³⁰, sino simplemente para exigir al antedicho órgano independiente que haga efectivo el cumplimiento del CDC²³¹. En efecto, en la ley Audiovisual se dispone la potestad de velar por el cumplimiento del órgano regulador audiovisual. En la LCD, se hace referencia a que queda abierta la vía judicial, pero no para exigir la observancia del CDC, sino para ejercer las acciones previstas en la Ley frente a las prácticas colusorias que la misma tipifica como desleales (art. 37.5 en relación con el 32). Dichas acciones no obtendrán como resultado el que se observe el CDC sino que deje de ofrecerse el mismo como garantía: se sanciona como desleal no cumplir el propio CDC. Esto ya es un paso, pues evitará códigos temerarios.

Igualmente, reconoce efectos vinculantes al CDC el art. 12 LOPD. Al tenor del mismo

“Mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa²³², los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupen, podrán formular códigos tipo que establezcan las condiciones

²³⁰ Por un lado porque no hay acción, y por otro porque aunque la hubiese no está clara la integración del CDC en el objeto de ningún contrato determinado, como hemos señalado más arriba, lo cual complica considerablemente las posibilidades de ir a un cumplimiento coactivo defendible ante los tribunales.

²³¹ Lo cual en realidad es una manifestación más de la tesis que hemos mantenido en los primeros capítulos, en el sentido de que lo que pretende la ley al promover la autorregulación es una suerte de moralidad que secunde las prescripciones de la misma en todos los casos, aun en aquellos que la propia ley no ha podido prever.

²³² Resulta chocante las tres fuentes formales de los CDC que se contemplan por éste artículo en la medida en que en las mismas hay tanto fuentes de Derecho público como fuentes de Derecho privado.

de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo. Los citados códigos podrán contener o no reglas operacionales detalladas de cada sistema particular y estándares técnicos de aplicación. En el supuesto de que tales reglas o estándares no se incorporen directamente al código, las instrucciones u órdenes que los establecieran deberán respetar los principios fijados en aquél” (apartados. 1 y 2).

Como se puede observar, en caso de existir CDC, las reglas de funcionamiento del CDC deben regir la política de protección de la entidad adherida. Ahora bien, no se dice nada para el caso de incumplimiento²³³. Ni que decir tiene que en caso de incurrir en alguna de las conductas tipificadas como infracción en el art. 44 LOPD (regulador de las infracciones en materia de protección de datos) procederá la sanción legalmente exigible. Sin embargo, no por incumplir el CDC: sólo cuando dicho incumplimiento implique incurrir en alguna de las indicadas infracciones²³⁴. El art. 75 del Real Decreto 1720/2007 de 21 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de protección de datos (RPDP), dispone que

“Los códigos tipo deberán incluir procedimientos de supervisión independientes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones

²³³ Partiendo, consciente o inconscientemente la ley, de la fuerza directiva que en todo caso si que tiene la misma.

²³⁴ Como hemos visto, el Art. 18 de la Ley 34/2002 no llega a aclarar el valor normativo de los CDC que se han de impulsar.

asumidas por los adheridos, y establecer un régimen sancionador²³⁵ adecuado, eficaz y disuasorio²³⁶".

Faltando claridad en la regulación general de las obligaciones y en la articulación que ha hecho el legislador en estos casos de CDC, cabría plantearse si tenemos o no argumentos a favor de la obligatoriedad de los CDC como declaración unilateral, especialmente sin ley ni aceptación que nos conduzcan a las fuentes de las obligaciones conocidas.

A favor de esta tesis de exigibilidad de los CDCs como declaraciones unilaterales con efectos obligatorios, podríamos argumentar (con los defensores de la obligatoriedad de las declaraciones unilaterales):

a) *De lege lata*, los argumentos de la doctrina que, considerando que el Art. 1089 CC no es la única clasificación que establece el Código Civil, sino más bien una enumeración, se muestra partidaria de considerar las promesas unilaterales como fuente de obligaciones. Así, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO entiende posible incluir las declaraciones unilaterales entre las fuentes de las obligaciones, considerando que existiendo en el Código Civil fundamentalmente obligaciones que se contraen con convenio y sin convenio, las declaraciones unilaterales vendrían a encontrar su sitio en las primeras por ampliación del término "contrato" y como derivación del principio de autonomía de la

²³⁵ En tanto se parte de la autorregulación y de la privacidad, habría que preguntarse quien sanciona, cómo y sujeto a que principios. En la medida en que se sobrepase el Derecho disponible, podemos encontrarnos con un problema de legalidad, que hace aconsejable un mejor control, como veremos en el capítulo 7.

²³⁶ El precepto se va a lo disuasorio cuando, como hemos visto, lo más propio y característico de la autorregulación sería más bien lo persuasorio que lo disuasorio. Al respecto, ver lo que se dice en el primer capítulo al respecto del Derecho sin sanción.

voluntad, si bien que las mismas tienen su origen en la expresión de una voluntad unilateral y no bilateral²³⁷.

b) *De lege ferenda*:

1º El art. 2107 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos admite como fuente de las obligaciones “*una promesa realizada con la voluntad de quedar legalmente vinculado sin aceptación*”;

2º La Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación establece, en el que pasaría a ser art. 1092 del CC (referido a las fuentes de las obligaciones), que

“las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa, y de cualquier otro acto o hecho al que las leyes atribuyan tal efecto. La promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos por la ley”,

abriendo con ello claramente la puerta a las promesas unilaterales como fuente de obligaciones (si bien exigiendo ley concreta);

3º Cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a admitir el nacimiento de obligaciones de meras declaraciones unilaterales, si bien es cierto que en casi todos los casos considerando el papel de la aceptación. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque también sobre la

²³⁷ ARJONA GUAJARDO- FAJARDO. *Promesas unilaterales...Ob.cit.* p.202.

base de la aceptación de la parte acreedora (si bien la Sentencia abre la puerta a la admisión en un futuro²³⁸).

Como consideración final, habríamos de señalar que, aun cuándo considerásemos exigible como declaración unilateral el CDC, esto no será en todo caso, pues habrá que observar las limitaciones ante las cuales nos encontremos por la materia. En efecto, sólo sería viable la exigibilidad de los CDCs en el supuesto de que la conducta a la que se ha comprometido el promitente- declarante unilateral, constituya una prestación exigible por parte del potencial acreedor, y en tanto esté claro el compromiso jurídico- coactivo (y no simplemente moral). Ello no siempre es sencillo, pues el ámbito y objeto de los códigos de conducta no siempre coincide con prestaciones concretas a favor de alguien: no siempre se pueden cumplir o no de modo taxativo, sino que a veces se limitan a fijar un mandato de optimización susceptible de cumplimiento solo el grado. Por ejemplo, si un anunciante no respeta las cláusulas del código de autocontrol, o una multinacional textil no respeta su compromiso de no emplear menores (aunque lo permita la ley del lugar de fabricación), resulta muy complicado hacer encajar en una obligación directamente exigible por parte de un consumidor el incumplimiento de dichas promesas. En éstos casos la sanción habría de ser más bien moral, reputacional o de retirada de la confianza. La ejemplaridad del anunciante pretende suscitar confianza²³⁹. La confianza o la retirada de la misma por parte del consumidor es

²³⁸ Lo cual, como recuerda VAQUER, es la línea de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, y del Marco comunitario (*Ob. Cit.* Pág. 186), y puede marcar el camino de los derechos nacionales en el futuro.

²³⁹ A esta conclusión sobre la eficacia de los CDC llega cierta doctrina americana al analizarlos en el ámbito del comercio electrónico al decir que La adhesión voluntaria a un determinado código de conducta en materia de comercio electrónico garantiza dos cuestiones. Por un lado,

la sanción más eficaz. De modo que más que hacer un test de incumplimiento (que indudablemente sería viable en los casos en que logremos encaje para la obligatoriedad de la declaración unilateral), buscando en la confianza y la buena fe acciones en juicio, deberíamos valorar el test de cumplimiento, buscando en las costumbres y la sanción de abstención de contratar el poder que tienen para lograr en tantos casos el cumplimiento deseado por vías no judiciales sino sociales, reputacionales, morales, convencionales...

que, por parte de las entidades comprometidas con su contenido, se cumple la legalidad imperante sobre la materia más un plus adicional especialmente favorable para el potencial consumidor y/o usuario –que hemos examinado detenidamente para el caso de la seguridad electrónica- y, por otro, que la empresa signataria sería, por parte de la sociedad en general, merecedora de la estimación más positiva en cuanto a operaciones vinculadas, directa o indirectamente, con el comercio electrónico y, asimismo, representativa de aplicar las mejores prácticas empresariales sobre el particular en las que ocupa una especial relevancia la seguridad. El rol que, en la práctica, tales figuras desempeñan (cuya adhesión se muestra mediante la exhibición del correspondiente icono de confianza) es muy relevante. En efecto, la presencia de los sellos de calidad o confianza en un determinado sitio *Web*, así como la consulta electrónica del contenido de código de conducta cuyo cumplimiento acredita, muestran que el prestador de servicios de la sociedad de la información es, dicho coloquialmente, “de fiar” y que en materia de seguridad electrónica aplicará las técnicas más avanzadas sobre el particular. Como es natural, es, a todos los efectos, muy significativa la imagen que una determinada empresa proyecta ante la opinión pública. El recurso a los instrumentos de confianza que hemos examinado puede resultar muy útil tanto por parte de empresas consolidadas en el mundo físico o tradicional como, con mayor razón, por sociedades emergentes”. LÓPEZ JIMÉNEZ, D.- MARTINEZ LÓPEZ, F.J. “Los códigos de conducta como solución frente a la falta de seguridad en materia de comercio electrónico”. *Ciencias económicas*, ISSN 0252-9521, Vol. 28, N°. 1, 2010, págs. 117-139. Pág. 134.

4. Efecto vinculante de los códigos de conducta

Partiendo del análisis realizado en el apartado anterior del posible encaje de los CDCs en las fuentes de las obligaciones recogidas por nuestro ordenamiento jurídico, hemos de referirnos ahora de modo más concreto al efecto vinculante que se les pueda dar a los códigos de conducta según que los mismos encajen o no en fuentes de las obligaciones.

Son varios los problemas que se pueden plantear en éste apartado. Por un lado, analizar la vinculación que para el redactor o adherente del CDC supone el mismo frente a sus co-contratantes, frente a la sociedad (lo cual conecta con lo visto sobre las fuentes del derecho y de las obligaciones), o frente al resto de adherentes. Otro problema diverso, sería el relativo al efecto vinculante que se pueda pretender de los CDC para quienes, pudiendo encajar en el ámbito de aplicación de los mismos, no han participado en su redacción ni se han adherido a éstos²⁴⁰. Por ello, a la hora de analizar el efecto vinculante de los códigos, la clasificación que nos parece más clara es la de diferenciar entre códigos asumidos voluntariamente por el autorregulado (hayan sido redactados por este o no), y códigos que no han sido asumidos voluntariamente por el mismo.

4.1 Efecto vinculante de los CDCs asumidos voluntariamente

Como hemos señalado más arriba, varias disposiciones normativas comunitarias han confiado en los CDC como medio para lograr fines necesarios

²⁴⁰ Caso resuelto por la Sentencia de 24 de Mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid (Jur 227317).

que la regulación como tal no ha llegado a satisfacer. Se pretende que a donde no llega la regulación llegue la autorregulación²⁴¹.

Sin embargo, como también hemos señalado, por varios autores se ha puesto de manifiesto el problema surgido en ocasiones por el olvido o la falta de cumplimiento de los CDC. Dicho incumplimiento puede frustrar los fines perseguidos por los poderes públicos al potenciar la autorregulación.

Considerando estas dos premisas (potenciación de la autorregulación y que la misma no siempre obtiene los efectos buscados fundamentalmente por falta de cumplimiento del CDC) en el ámbito de este trabajo, tenemos que plantearnos seriamente: ¿existe acaso algún motivo legal para que los comerciantes y entidades que observan o están llamados a observar los CDC se vean compelidos coactivamente a ello?

Para responder a dicha pregunta, hemos de partir de la premisa de que determinados códigos no expresan compromisos susceptibles de cumplimiento taxativo, sino más bien en grado. No contienen reglas que se cumplan o no, sino mandatos de optimización.

El problema que tratamos en este apartado, sería más bien considerar el efecto vinculante de aquellos códigos que fijan conductas perfectamente claras y exigibles, si bien no incorporadas a contrato alguno. Es respecto de ellas respecto de las cuales surge la duda.

²⁴¹ Cfr. Las apreciaciones de RODOTÁ sobre los modelos de construcción de los códigos de conducta (RODOTÁ, S. “Códigos de conducta: entre hard law y soft law”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010, pág. 25-26.

Si consideramos los CDC como mero compromiso voluntario sin valor obligatorio (promovido por el Estado, o nacido de la autonomía de la voluntad) de ningún tipo es evidente que no. Ahora bien, ello chocaría con lo que en teoría se busca y hace que no podamos confiar como consumidores en el plus de seguridad y compromiso con los valores cívicos que en teoría está llamado a potenciar el fenómeno autorregulatorio.

Y dado que redactar CDCs sin efecto vinculante jurídico (o, al menos, moral²⁴²) sería perjudicial para el mercado²⁴³, postular el carácter obligatorio de los mismos (jurídico o moral) es una necesidad y en cierto modo un reto, por cuánto, como se ha señalado, los CDC son muy diferentes y no siempre encajan en las fuentes del Derecho o de las obligaciones²⁴⁴ (lo cual repercute necesariamente a la hora de fijar el efecto vinculante que los mismos puedan tener²⁴⁵).

²⁴² A veces la conducta que se reclama, como hemos señalado, no es posible encajarla en el objeto de obligaciones civiles determinadas, ni en el ámbito de lo que una ley debe prohibir o permitir. Sin embargo, si que es posible que entre en el ámbito de las buenas costumbres a las que se puede persuadir a los ciudadanos, y en las que se realiza su ejemplaridad, de lo cual nos encargamos en la parte más filosófica.

²⁴³ Pues daría a los redactores de los CDC el poder de generar una falsa confianza sin compromiso alguno, creando con ello un caldo de cultivo poco recomendable para la desconfianza de los consumidores.

²⁴⁴ Como indica MALUQUER DE MOTES “estos códigos de conducta, incorporados como cláusula específica en los contratos, aunque muchas veces sin desarrollar el contenido de los mismos, o asumidos como compromiso por las propias empresas de un sector o por un grupo de empresas que realiza determinada actividad, plantean la duda de su valor y eficacia y de si existen posibilidades de hacerlos cumplir, especialmente cuando alguna de las empresas no lo respeta adecuadamente en las relaciones con sus clientes” (“Los Códigos de Conducta como fuente de Derecho”. *Ob.cit.* p.371).

²⁴⁵ A decir de RODOTÁ “analizando la realidad de los códigos de conducta se pone de manifiesto, por una parte, que abarcan los ámbitos más diversos; y por otra, que su carácter vinculante no es en modo alguno uniforme” (*Ob. Cit.* Pág. 23)

Si lo que pretendemos es un efecto vinculante en sentido jurídico-coactivo²⁴⁶, el mismo sólo podrá lograrse mediante la subsunción de los CDC en alguna de las fuentes del Derecho²⁴⁷ o de las obligaciones recogidas por nuestro ordenamiento jurídico. Y respecto de éstas últimas, nos interesan (por lo visto más arriba) el encaje de los CDC en los contratos (ya como parte integrante de los mismos²⁴⁸, ya como criterio interpretativo en su desarrollo²⁴⁹, ya como contrato complementario o marco²⁵⁰ al que se pueda someter el contrato al que se refiera o remita el código) y en las declaraciones unilaterales (en la medida en que estas puedan gozar de fuerza obligatoria²⁵¹). Dicha fuerza²⁵² deberá ser asumida por los propios entes autorregulados: si realmente tienen tanto interés en observar cierta conducta, deberán prever las consecuencias²⁵³ de la inobservancia y vincularse²⁵⁴ a tal efecto. En otro caso, no podrán transmitir el

²⁴⁶ Jurídico a secas en la concepción kelseniana, jurídico-coactivo (por diferenciarlo de jurídico-directivo) en la concepción tomista-suarecista.

²⁴⁷ En cada una de las cuales pueden dar juego, como hemos visto en el apartado anterior.

²⁴⁸ En los escasos supuestos en los que dicha incorporación se da por voluntad de las partes (también como condiciones generales en los contratos por adhesión, aunque ello sea más hipotético), o bien mediante la incorporación legal que se verifica por ejemplo en el caso de la publicidad.

²⁴⁹ Lo cual conecta necesariamente con los principios generales del Derecho, fundamentalmente con la buena fe.

²⁵⁰ Lo cual nos coloca ante el problema del contrato normativo visto con anterioridad.

²⁵¹ Si bien con el problema de la incierta relatividad o de la complicada subsunción en el objeto de las obligaciones antes visto.

²⁵² A decir de RODOTÁ, “en el espacio global no llama tanto la atención la ausencia de reglas, cuanto la imposibilidad efectiva de aplicación de las existentes”, y ello con dos consecuencias: “la fuerza de la ley se sustituye por la de las relaciones de fuerza; la regla de fuente pública se sustituye por la regla de fuente privada” (*Ob. Cit.* Pág. 20)

²⁵³ A decir de este MALUQUER, cabría establecer algún tipo de sanción: “estas sanciones pueden ser:— Amonestación, advertencia o publicidad de incumplimiento.— Pérdida de los derechos, como suspensión o pérdida de la condición de socio, o expulsión.— Imposición de sanciones de carácter pecuniario” (“Los Códigos...”. *Ob.cit.* p.371)

²⁵⁴ Aun cuándo las consecuencias, no tratándose de una conducta obligatoria, sean meramente el reproche público con efectos reputacionales.

compromiso que por los poderes públicos, el mercado y la sociedad se pretende²⁵⁵.

A éste respecto, debemos señalar como positivo el reconocimiento legal mencionado de los art. 12 LA, 32 LOPD y 37 LCD. Sin embargo, la fuerza obligatoria (*ex vis coactiva*) no está clara en tanto se hace descansar en órganos de carácter privado o bien meramente administrativos²⁵⁶, sin que de la regulación resulten obligaciones concretas, más allá de expresiones imprecisas como “*velar por el cumplimiento*” (art. 12.3 LA) o “*asegurar el cumplimiento eficaz*” (art. 37.4 LCD). De dichas expresiones, se desprende claramente que no estamos (al menos siempre) ante reglas susceptibles de tener un encaje fácil ni claro en las fuentes del Derecho o de las obligaciones, pero que se cuenta con un cumplimiento voluntario y que está claro qué se pide y que existe un deber²⁵⁷ de cumplir. Ahora bien, las imprecisiones y las obscuridades, justifican un análisis repasando las diferentes fuentes del Derecho y de las obligaciones.

4.1.1 Los códigos de conducta como fuente del Derecho

Como se ha intentado clarificar en el capítulo anterior al analizar la posición de los CDCs dentro de las fuentes del Derecho, los códigos en ocasiones forman

²⁵⁵ A decir de MALUQUER DE MOTES “en la medida en que posean fuerza coactiva podrán transmitir la garantía y seguridad que se proponen. Esto es posible en cuanto se contemple la idea de sanción en los propios códigos”, pues “lo contrario sería considerarlo como una mera declaración de intenciones y no tendría eficacia ni fuerza vinculante de ninguna clase” “Los Códigos de Conducta como fuente de Derecho”. *Ob.cit.* p.371.

²⁵⁶ Cfr. Art. 75 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos.

²⁵⁷ Un reto interesante es determinar qué tipo de deber a partir del tipo de sanción para el caso de incumplimiento. Ello nos coloca ante el problema del concepto de deber jurídico, para lo cual nos remitimos al apartado correspondiente en el apartado siguiente, relativo a determinados conceptos de la teoría general del Derecho que es preciso considerar para una comprensión del fenómeno.

parte de alguna de las mismas. Siendo esto así, es evidente que tendrán carácter vinculante, siempre que cumplan los requisitos propios de la ley o de la costumbre, o se den las condiciones para un juego “informador” de los principios generales en la forma vista.

Ahora bien, como se ha señalado, no es lo mismo un código que es ley que un código llamado por una ley: la distinción de las dos categorías, requiere una clarificación. El código llamado por una ley sólo será obligatorio en mi humilde opinión en tanto pueda encajar en la categoría de costumbre²⁵⁸, o cuando claramente contenga reglas derivadas de los principios generales del Derecho. De algún modo, en los códigos llamados por una ley se da una suerte de inducción de una costumbre *secundum legem*, que por una parte define la conducta ejemplar según la ley (a veces, de un modo más amplio de lo que la estricta tipicidad puede lograr, pues no se pretende un cumplimiento reglado, sino un máximo de optimización), y por otra da la pauta interpretativa que se puede considerar aceptable²⁵⁹. Con ésta construcción, que *a priori* (desde una concepción más jacobina, formalista, kelseniana...del Derecho) tiene difícil encaje, pero que se comprende mejor en el esquema del ordenamiento reglas-principios, la norma se coloca en unas condiciones de elasticidad frente a nuevos supuestos que a buen seguro permitirán una aplicación de los principios generales bastante satisfactoria. Al igual²⁶⁰ que las transformaciones derivadas de la masificación hace más o menos un siglo llevaron a una cierta relajación del

²⁵⁸ Costumbre que evidentemente será *secundum legem*. A estos efectos el Art. 12 citado de la LOPD resulta muy interesante en tanto determina el ámbito donde habrá de jugar la costumbre secundando la ley.

²⁵⁹ Con lo cual nos encontramos ante una norma persuasiva en el sentido señalado en el capítulo 1 y por la teoría de la ejemplaridad de GOMÁ.

²⁶⁰ Comparación que hace RODOTÁ, *Op. Cit.* Pág 20.

positivismo más radical (introduciéndose en el BGB conceptos jurídicos indeterminados como el del ejercicio del derecho subjetivo conforme a las exigencias de la buena fe); las transformaciones originadas por la globalización y la innovación científica y tecnológica requieren de nuevos instrumentos flexibles capaces de lograr un deber de conducta ejemplar y acorde a los principios del Derecho. Y dado que es evidente que la ley (y más en una consideración rígida, positivista, de estricta observancia del principio de tipicidad) no es capaz de adaptarse siempre a la velocidad suficiente a las nuevas necesidades y por otra parte no llega²⁶¹ por sí misma para transformar²⁶² las conductas²⁶³, la existencia de códigos de conducta (a modo de regla inspiradora de la costumbre *secundum legem*) será lo que permita una adaptación a nuevos fenómenos y una consecución de resultados más eficaz (por vía de las buenas costumbres complementarias de la ley). Ello plantea varios problemas desde un punto de vista de la coacción normativa: la falta de *vis coactiva* por un lado, y el problema de saber hasta qué punto se estaría desregulando demasiado. Frente a ambos problemas, cabría señalar que la propia doctrina capaz de hacer una valoración positiva del fenómeno autorregulatorio, ha señalado que “la presencia de derechos fundamentales exige que el paso del *soft* al *har law* quede siempre abierto” (RODOTÁ).

Con ello estaríamos diciendo:

²⁶¹ “Leges sine moribus vanae” (Horacio, Libro III, Oda 24).

²⁶² Son muchas las ocasiones en las que una Ley no genera las transformaciones sociales queridas, y entonces la reacción suele ser más legislación, olvidando que “la república legal descansa en una subterránea república de mores” (GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad....*Ob. Cit. Pág. 251).

²⁶³ Como hemos señalado citando a GOMÁ, es condición necesaria pero no suficiente.

1º Que la falta de fuerza coactiva no impide que pueda haber una reacción con otras normas diferentes de las que llaman al CDC (las leyes) sin necesidad de que, en un primer momento, las normas llamadas gocen del mismo valor vinculante que las que llamen;

2º Que a veces el camino para que un nuevo comportamiento (seguramente derivado de una nueva posibilidad tecnológica, o de un nuevo descubrimiento, tendencia, posibilidad....) sea previsto legalmente, es precisamente la previa autorregulación²⁶⁴.

3º Y para ambas objeciones, conviene repetir que no hay que juzgar el fenómeno únicamente desde la perspectiva del incumplimiento, sino también desde el cumplimiento, lo cual le dota de mucho más sentido, pues la definición de una conducta (aunque no esté expresamente contemplada la sanción) ejemplar goza de una *vis directiva* incuestionable, en tanto todo sistema de dominación legal- burocrático aspira a obtener una obediencia de parte de los sujetos regulados.

Por tanto, en el caso de que el código sea ley, sus efectos vinculantes serán clarísimos en el orden de los deberes. Si simplemente está llamado por una ley, goza de una fuerza directiva, informadora o interpretativa sumamente interesante, que también repercute en el orden de los deberes²⁶⁵.

²⁶⁴ Al señalar como es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, BETTI parte de que se dan una serie de hechos y relaciones, de situaciones de la vida, a las que el Derecho responde, de modo que la realidad precede. BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*. EDERSA, Madrid. Traducción de MARTÍN PÉREZ, A. Pág. 43.

²⁶⁵ Y sobre el deber jurídico en esta materia, profundizaremos más adelante.

Fuera de éstos dos supuestos, no podemos desconocer que, aun sin previsión expresa de una ley, hay códigos cuya propuesta de prácticas reúne los elementos propios de la costumbre. Si la misma es legal, la existencia de los códigos debería llevar a replantearse el papel de las costumbres interpretativas: aunque en general están rechazadas como se vio, la fuerza de los hechos demuestra que tienen una enorme virtualidad²⁶⁶. Si la costumbre se refiriese a comportamiento no previstos en la ley, el código podría obtener la fuerza de la costumbre (Art. 1 CC). Si (finalmente) la misma fuese ilegal, precisamente la prohibición de las costumbre *contra legem* sería la que permitiría evitar la fuerza vinculante del CDC en cuestión. En todo caso, el papel del Estado en relación a la costumbre²⁶⁷ (que no puede existir sin consentimiento expreso o tácito del poder soberano²⁶⁸), permite comprender que los CDC pueden tener un valor normativo importante, pues si no fuesen llamados por la ley, el silencio del legislador (que siempre puede intervenir, normalmente con la aplicación de otras leyes²⁶⁹) permite entender que se concede un cierto efecto vinculante a los códigos en cuestión. En efecto, ya desde Las Partidas, se viene entendiendo que

²⁶⁶ A modo de *continuum* de la Ley, en palabras de GARCIA RUBIO.

²⁶⁷ Aspecto sobre el cual se profundizará más adelante al tratar del control de la legalidad.

²⁶⁸ En tiempos se consideró como un requisito esencial de la costumbre la *opinio iuris*, pero en la actualidad hay que entender que la misma no puede existir sin que el Estado la consienta. Dicho consentimiento es también requisito del Derecho canónico y estaba ya en las Partidas. Sobre la base de que no existe costumbre sin que el poder la consienta, se admiten hoy los usos jurídicos con el mismo valor de la costumbre. Cfr. DE CASTRO, F. *Ob. Cit.* Pág. 391, quien señala que por la influencia de la escuela histórica, algunos civilistas de hace un siglo (cfr. VALVERDE o DE DIEGO) consideraron necesaria la *opinio*.

²⁶⁹ Lo cual es tanto como decir que puede dar el paso del *soft* al *hard law*, por seguir la expresión vista de RODOTÁ.

no puede haber costumbre que tenga efecto vinculante sin consentimiento²⁷⁰ del poder²⁷¹, requisito que la doctrina más reciente no cuestiona²⁷².

Finalmente, debe señalarse que los códigos, aún cuando no estemos en condiciones de reclamar su fuerza vinculante como leyes o costumbres, si recogen reglas de conducta acordes a los principios generales del Derecho (presentes en las leyes), podrían gozar de eficacia en la aplicación de los mismos (así, se ha llegado a exigirlos en aplicación de la regla de buena fe²⁷³), como criterio interpretativo²⁷⁴ de la aplicación de las normas (aun sin llegar a ser costumbre interpretativa), y en todo caso inspirarán (informarán²⁷⁵) un comportamiento acorde a dichos principios (lo cual nos lleva de nuevo al terreno de la aplicación voluntaria).

Considerar como encajan los CDC en las fuentes en la manera vista, es de gran importancia para una comprensión clara del papel que pueden (en el caso

²⁷⁰ “Ésta aprobación podría parecer la promulgación de una ley sobre la base de los usos de la comunidad, pero ciertamente no se trata de la promulgación de una ley” (GARCÍA MARTÍN, J. *Normas generales del Código de Derecho canónico*. EDICEP, Valencia 2006. Pág. 129).

²⁷¹ El Derecho Canónico vigente, reconociendo mayor papel a la costumbre que el Derecho civil o común, parte en todo caso de la admisión de la misma por parte de la autoridad (cfr. Cánones 23 y 26). La aprobación puede ser “expresa o tácita, pero siempre debe ser manifestada. No puede haber incertidumbre” (GARCÍA MARTÍN, J. *Normas generales...Ob. Cit.* Pág. 129).

²⁷² A decir de DE CASTRO “este requisito debe considerarse necesario en nuestro actual Derecho” (DE CASTRO, F. *Ob. Cit.* Pág. 389).

²⁷³ Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de Noviembre de 2011, citada más arriba.

²⁷⁴ Sobre el papel de los principios generales como orientadores de la labor interpretativa cfr. DE CASTRO, F. *Ob. Cit.* PágS. 428- 429.

²⁷⁵ Por ejemplo, en relación al código previsto por los Artt. 52 a 54 de la Ley 7/2007 de 12 de Abril por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público, aun cuando estamos ante normas directamente aplicables y por tanto obligatorias, la propia ley señala que “*Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*” (art. 52). Parece pues que el CDC, además del papel normativo derivado de su fuerza coactiva, goza de un papel informativo de la conducta más amplio.

del Código de Buenas Prácticas de los Bancos) o han de desempeñar los posibles códigos en el sector inmobiliario, y valorar la necesidad de publicidad de los mismos que trataremos más adelante.

4.1.2 Los CDCs como declaración unilateral

Por otra parte, debemos analizar el efecto vinculante de los códigos a partir de su encaje en la fuentes de las obligaciones. Descartando la ley (cuya fuerza obligatoria se ha analizado en el apartado anterior) y los actos ilícitos, debemos centrarnos en las obligaciones derivadas de actos voluntarios. En primer término, en la declaración unilateral. Considerando lo dicho en el apartado anterior acerca de la posible obtención del efecto vinculante de los CDCs como actos unilaterales seguidos de una aceptación (en línea con la doctrina sobre la obligatoriedad de la declaración unilateral), los CDCs sólo serían vinculantes siempre que estuviese clara la aceptación por parte del consumidor o beneficiario de la declaración en cuestión o bien en aquellos casos en los que una ley así lo determinase.

En el resto de supuestos, la obtención del efecto vinculante requeriría un pronunciamiento jurisprudencial, lo cual exigirá, en línea con las Sentencias vistas, la prueba de la declaración así como la causa de la misma.

Ni que decir tiene que los resultados son excesivamente inseguros, y que en todo caso la mayor seguridad se lograría reconduciendo el problema al campo del valor contractual de las promesas, en la medida en que valoramos la problemática desde la óptica de otro contratante. Si consideramos que buena parte de los casos que se aprecian en la práctica de CDCs con posibilidades de lograr una determinada conducta en el ámbito de la contratación van asociados

a una relación contractual duradera, lo cierto es que la vía de la declaración unilateral para lo no previsto en el contrato es una vía interesante a explorar, por la cual los CDCs podrían lograr un cierto efecto vinculante. Con todo, el encaje en prestaciones determinadas no siempre estará claro, si consideramos que los CDC tienden a ser más un mandato de optimización que una regla susceptible de cumplimiento taxativo.

4.1.3 Los CDC como parte integrante de un contrato

4.1.3.1 En general

Junto a la posible consideración del CDC como declaración a la que podamos atribuir el carácter de declaración unilateral con efectos obligatorios, es evidente que cabe la incorporación de los CDC al contenido de los contratos: la libertad contractual (art. 1255 CC) es una ventana abierta a la utilización del contrato como generador de vínculos en cualesquiera tipos de relaciones que en el futuro puedan aparecer, y por tanto también estos acuerdos privados que son los CDCs. Si tenemos en cuenta que el art. 1254 CC parte de la existencia de un consentimiento a obligarse, es evidente que en tanto constase de modo expreso la voluntad de la entidad que ofrece el Código de conducta de quedar vinculada por el mismo, el Código formaría parte del contenido del contrato y sería íntegramente exigible (art. 1091 CC). Ahora bien, en la medida que la ley no obliga a ello, las únicas vías serían las señaladas en el apartado anterior, a saber: la incorporación voluntaria al contenido del contrato; la consideración del mismo como factor de integración (vía art. 61 TRLGDCU) o bien como criterio de interpretación del contrato²⁷⁶. Éste es el camino que parece desprenderse de

²⁷⁶ En los términos postulados por CAVANILLAS MÚGICA, LLACER MATA CÁS o ALVAREZ MORENO.

algunas normas como el Art. 19 del RD 8/2012 de 16 de Marzo relativo al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles a cuyo tenor

“en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, los empresarios informarán a los consumidores con los que contraten de los códigos de conducta que hubieran suscrito para facilitar el ejercicio de sus derechos”.

En uno y otro caso se conciben los CDCs como instrumentos auxiliares del contrato *“para facilitar el ejercicio de sus derechos”*. No por tanto como fuente de derechos subjetivos sino como criterio interpretativo al que sujetar el desenvolvimiento del contrato.

4.1.3.2. En particular, como condiciones generales de la contratación

Profundizando en la posibilidad de que los CDCs sean reputados como cláusulas generales debemos señalar cómo en la mayoría de los casos nos encontramos con códigos que, ya sean de una sola entidad ya de un conjunto de entidades pertenecientes a una entidad promotora, se redactan a fin de ofrecerlos a los clientes como garantía de cierto comportamiento. En todo caso se trata de normas elaboradas para ser utilizadas por una entidad con carácter general, es decir, como conjunto normativo que la entidad ofrece a sus contratantes, redactado con carácter previo a la celebración de los contratos y de manera general. Así considerados, es evidente que, si se tratase de conductas susceptibles de ser prestación²⁷⁷, presentan una cierta similitud con el concepto legal de condiciones generales de la contratación (CGC). En efecto, el art. 1.1 de la Ley 7/1998 de 13 de Abril, dice que

²⁷⁷ El problema del encaje en el objeto del contrato visto es capital.

“son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

De dicho artículo se desprende con claridad que hay una voluntad de utilización u observancia de las normas de las CGC en toda la actividad contractual de la entidad que las emplea (igual que los CDCs). Asimismo, y al igual también que los CDCs, las CGC se elaboran por una sola de las partes de un contrato. Sin embargo, y a diferencia de las CGC, los CDCs no necesariamente se incorporan a los contratos. En la mayoría de los casos se trata de meras declaraciones unilaterales, sin voluntad de incorporación contractual, con las consiguientes dudas en cuanto a la posibilidad de generación de efectos vinculantes *ex contractu*. Ello es lógico en tanto sean disposiciones no relativas a un solo contrato (por ejemplo, reglas que se han de seguir frente a consumidores, proveedores y trabajadores, lo cual abarca un amplio número de contratos de diferente tipo), pero no lo es si consideramos disposiciones de los códigos relativas a una prestación concreta (por ejemplo, compromisos con los consumidores en cuánto a la forma de prestar un servicio). Frente a este resultado (que para cierta doctrina²⁷⁸ y en ciertos casos²⁷⁹ puede resultar insatisfactorio), y frente a la posible ilicitud²⁸⁰ de alguna cláusulas (de

²⁷⁸ Veánse los autores que han ido siendo citados como defensores del valor jurídico- coactivo de los CDCs.

²⁷⁹ Los estudios se han ido produciendo por áreas concretas en las que la autorregulación rige (contratación electrónica, protección de datos, publicidad etc). Hay que considerar que no todos los sectores son iguales. En relación al mercado inmobiliario, véase la aplicación que hacemos en el apartado correspondiente (Cap. 9).

²⁸⁰ Entiéndase aquí ilicitud en un doble sentido: primero, como contrario a norma imperativa (por ejemplo, protectora de los consumidores o de la competencia); segundo, por el hecho de haber entrado el acuerdo privado en una materia que no esté abierta a la autonomía de la

difícil sanción en tanto no forman parte de un contrato) cabría luchar mediante la subsunción de los códigos de conducta en la normativa relativa a las condiciones generales de la contratación. Así pues, si los CDCs presentan una importante similitud con las condiciones generales y si, por otra parte, la consideración de los mismos como CGC abre un camino para lograr una eficacia más clara de los CDC (eficacia que no procederá en todos los casos), habrá que plantarse que posibilidades de incorporación al contenido de los contratos tienen los CDCs en tanto CGC.

Sobre este particular, cabrían dos posibilidades:

1º Que las propias entidades que emplean CDCs, dentro de su empeño por ofrecer seguridad y ciertas garantías de observar conductas ejemplares que encajen en las prestaciones contractuales, se comprometiesen voluntariamente a dar carácter vinculante al contenido de los Códigos mediante su incorporación como condiciones generales.

2º Que fuese una disposición legal la que, a fin de dar cierta eficacia a dichos CDCs susceptibles de encajar en prestaciones, obligase a que si se emplean (no hay de momento en la mayoría de los sectores obligación legal de emplearlos, sino sólo previsiones legales invitando o llamando a la autorregulación²⁸¹, y muchas veces con deseos y mandatos no caracterizables de prestación), tuviesen carácter vinculante.

voluntad. Ambos problemas han sido señalados por DE LA CUESTA en sus estudios citados sobre la autorregulación.

²⁸¹ Como se ha señalado al analizar en el encaje en la ley de los CDCs.

En cada uno de los dos casos, habrá que examinar, a la luz de la legislación vigente en materia de condiciones generales, qué aporta este planteamiento al problema del efecto vinculante del CDC.

a) Por determinación del predisponente

En caso de incorporación de los CDCs como parte del contrato, los mismos serían vinculantes y jurídicamente (coactivamente) obligatorios (art. 1091 CC). Ahora bien, en la medida en que sus determinaciones sean genéricas o imprecisas, el resultado podría ser incierto, de ahí la necesidad antes señala con MALUQUER DE MOTES, de que estas cláusulas contemplen mecanismos de sanción. Pensemos por ejemplo en una empresa textil que publicita a sus clientes un Código de conducta según el cual se compromete a respetar las exigencias de dignidad de los trabajadores, a no contratar menores, etc. Evidentemente, si esa empresa no cumple su propio código en este aspecto no es igual que si la prenda vendida tiene taras (que es a lo que tienen derecho el consumidor como acreedor: a las prestaciones propias del contrato que celebra). Las consecuencias no serían tan claras. Aquí probablemente no se podría exigir una resolución del contrato por incumplimiento por los consumidores²⁸². Sin embargo, si la propia entidad redactora se compromete a asumir una sanción voluntariamente asumida y exigible contractualmente (del estilo de las cláusulas de devolver el dinero, devolver la diferencia si se encuentra más barato etc., tan habituales en el consumo de productos) habría una garantía, una vinculación, del cumplimiento de las determinaciones del código como parte del contrato.

²⁸² Si, en cambio, por la textil frente a sus proveedores, como se ha examinado más arriba.

Quien se haya vinculado a la entidad por medio de un acuerdo en el que está inserto el contenido del Código, podrá exigir su cumplimiento (en caso de que la conducta- prestación encaje en el objeto contractual), pues el Código forma parte de la obligación de quien lo ofrece (art. 1254 CC), hay consentimiento sobre el mismo (1262 CC), es ley para las partes (1088, 1091 CC) y deberá ser cumplido en toda su extensión (1258 CC).

Más fácil sería en el ámbito inmobiliario: al igual que se puede pactar un préstamo con una hipoteca de responsabilidad limitada (Art. 140 LH), cabe ofrecer en las condiciones del contrato una conducta moderada del acreedor. Si dicha conducta ofrece prestaciones concretas, las mismas caben en el contrato. Si son meros mandatos de optimización²⁸³, es evidente que no.

Evidentemente que la consecución de este resultado implica, sin duda, una actuación por parte de las entidades. Una voluntad de las mismas de ir más allá en el cumplimiento de la ley y en el respeto a los valores: a poco que se examinen la legalidad estricta, es evidente que hay escapatorias²⁸⁴, pero desde la óptica de la ejemplaridad²⁸⁵, hay un deber claro²⁸⁶. Ello puede ser *a priori* visto como un objetivo imposible (sobre todo desde concepciones muy positivistas).

²⁸³ Que es en realidad en lo que parece estar pensando la Directiva 2014/17/UE, Art. 28, que se analiza en la segunda parte.

²⁸⁴ El gran problema será el del encaje o no en el contrato en cuanto objeto y prestación exigible (de ahí la importancia dada al objeto y la relatividad en la parte del capítulo 3 relativa al contrato).

²⁸⁵ Ejemplaridad que conecta directamente con el problema de una aplicación recta y justa del Derecho que no caiga en la “ingeniería jurídica”. Al respecto de la ingeniería jurídica, resulta sumamente acertada la crítica que hace de la misma GONZÁLEZ- MENESES GARCÍA- VALDECASAS, M. *Como hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*. Colegio Notarial de Madrid, 2007. Pág. 216

²⁸⁶ O por decirlo con ideas empleadas en la Filosofía del Derecho: si consideramos que el Derecho es sólo la norma coactiva (cfr. Kelsen), entonces los códigos no son obligatorios según la ley, que además se muestra neutral sobre los mismos; pero si consideramos que Derecho es la norma en sus aspectos directivo y coactivo (Suárez, de Castro), entonces se requiere algo más.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que nadie ha obligado a las entidades (a los miles de entidades) que hoy tienen un código de conducta a redactarlo, podremos concluir la posibilidad de que igual que redactan un código puedan dotarlo de carácter vinculante mediante su incorporación contractual. Ahora bien, en éste punto debemos señalar que el compromiso no siempre actuará del mismo modo: una gran empresa con pluralidad de contratos podrá incorporar un código en sus contratos con empleados o proveedores, y sin embargo no necesariamente en los contratos con los consumidores²⁸⁷.

En éste punto debemos recordar que es un hecho que ciertos sectores de consumidores están cada vez más concienciados con determinados valores, y que la preservación de los mismos es muchas veces la que marca su fomento por los poderes públicos (llamando a la autorregulación). Si el comportamiento espontáneo de los consumidores originase un movimiento masivo hacia las empresas que respetan ciertas exigencias a través de sus Códigos (y en las que la observancia de los mismos sea segura por voluntad de la propia empresa y a través de los medios de sanción que la misma se compromete voluntariamente a seguir²⁸⁸), al final las empresas harán un código y lo incorporarán como vinculante, además de por su propia voluntad, como un medio de sintonizar mejor con las demandas de su clientela. Todo esto implica una buena voluntad incuestionable. Pero es un hecho que la misma se está dando, y es una realidad que las disposiciones comunitarias incorporan cada vez más previsiones sobre el fomento de la autorregulación en la seguridad de que ello mejorará los

²⁸⁷ He ahí el problema de la relatividad antes visto.

²⁸⁸ Entre los cuales si que habría que valorar la relación de fuerza que tiene una empresa con sus proveedores y empleados, a los cuales si les puede exigir contractualmente un código que sin embargo no tiene por qué formar parte del contenido obligatorio del contrato con los consumidores.

resultados pretendidos por la norma²⁸⁹, y favorecerá una ejemplaridad de los agentes del mercado por medio de obligaciones jurídicas (aun no coactivas).

Así pues, mediante la incorporación voluntaria del CDC al contrato lograremos una plena vinculación del CDC. No será necesario que una norma nueva lo diga. Los artt. 1088, 1091, 1124, 1254, 1255, 1256, 1258 y 1262 CC son argumento suficiente. Otra cuestión es si convendría o no establecer en algún cuerpo legal la obligación de dar carácter vinculante a los CDCs en tanto se quieran utilizar. Opción que *a priori* no parece la adecuada, en tanto el encaje de las prestaciones no es siempre claro, y de lo que tratamos es del cumplimiento voluntario, la ejemplaridad, y la adhesión por parte de los consumidores, lo cual es “otra liga” diferente de la de lo obligatorio y exigible desde una perspectiva coactiva: en éste ámbito la sanción será la judicial; en aquel otro, la sanción será la retirada de la confianza por parte del consumidor.

b) Por determinación de la ley

Si, en cambio, optamos por la segunda de las opciones apuntadas, podríamos establecer la obligatoriedad de incluir la existencia del Código en el contenido del contrato.

En este orden es interesante la Directiva 2008/122 de 14 de Enero, cuyo artículo 14.1 establece que

“Los Estados miembros instarán, en su caso, a los comerciantes y a los responsables de los códigos a que informen a los consumidores de sus códigos de conducta”.

²⁸⁹ Reconociendo con ella que, como afirma GOMÁ, la misma es condición necesaria pero no suficiente.

Dicha información bien podría llevarse a cabo mediante la incorporación del contenido de los CDCs a las CGC de las entidades (art. 5 LCGC) o bien mediante la información en el contrato de su existencia y, en su caso, carácter vinculante, medios de revisión y sanción, etc.

Bastaría que una disposición inserta en cualquier Ley dijera que en caso de publicación de un CDC la entidad pre-disponente quedará vinculada por el contenido del mismo en los mismos términos en que queda vinculada por las condiciones generales de sus contratos (es decir, con todos los efectos de protección del consumidor, impugnación, control extrajudicial, interpretación *contra proferentem* etc propios de los contratos por adhesión).

A este respecto resulta muy interesante la posibilidad recogida en el art. 11.2 inciso 2º LCGC, a cuyo tenor

“el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación”.

Del precepto resulta que la inscripción obligatoria es extraordinaria y se limitará a sólo aquellos casos en los que el sector específico lo haga recomendable. Siguiendo esta senda de especialidad, entiendo que habría que limitar a sólo sectores concretos la posible incorporación obligatoria de los CDCs al contenido de las condiciones generales. Como venimos señalando, no todo en la autorregulación debe ser necesariamente coactivo.

c) Efectos

En cuanto a los efectos vinculantes que se añadirían al CDC en este caso, debemos destacar que, en tanto el CDC formaría parte del contenido del

contrato, estaría vinculada la parte pre-disponente y también el consumidor (quien tendría una información completa)²⁹⁰, conforme a los citados Artt. 1088, 1089, 1091, 1254, 1255 CC.

Además, tanto en este caso como en el de incorporación voluntaria, en tanto nos encontramos ante un contrato con condiciones generales, serían de aplicación todas las disposiciones de la Ley 7/1998, de modo que el carácter vinculante vendría marcado por la norma de equilibrio que permite la adecuada protección de los consumidores o contratantes débiles, y que se manifiesta principalmente en los Artt. 5, 6, 7 y 8 de la Ley. Con ello se lograría evitar los posibles daños para el consumidor derivados de la aplicación de un CDC que él no ha redactado y que debe beneficiarle y no perjudicarlo. En particular resulta interesante la protección que resulta de la interpretación *contra proferentem* establecida en el art. 6 de la LCGC, sobre todo en tanto es a través de la interpretación como difunde cierta doctrina²⁹¹ y ha apreciado cierta jurisprudencia vista que surte efecto el CDC en el contrato.

Y en todo caso hay que valorar que el efecto no es el mismo en todos los contratos, y que dado que en algunos no necesariamente se producirá la incorporación que permitiese una exigibilidad como acreedor del consumidor, el comportamiento como acreedor del ente autorregulado frente a sus deudores puede ser determinante de las decisiones de consumo, lo cual invita

²⁹⁰ Esta consecuencia de vinculación bilateral es rechazada por CAVANILLAS (“Códigos de conducta....”. *Ob.cit*, Pág. 239) por cuanto confiere facultades al pre-disponente frente al consumidor. Sin embargo, en la medida en que también lo somete y en tanto el consumidor obtiene un resultado más seguro de sometimiento cierto del prestador de servicios (además de beneficiarse de toda la normativa sobre protección de los consumidores y de una regulación de condiciones generales informada por el principio *contra proferentem*), entiendo que se logran mejores resultados para el consumidor que por el vía del Art. 61 TRLGDCU que sugiere el autor.

²⁹¹ Cfr. LLACER, CAVANILLAS, ALVAREZ MORENO.

necesariamente a tener en cuenta los aspectos morales, sociales, deontológicos y cívicos destacados.

4.1.3.3 El contrato como parte de un código de conducta

Junto a los supuestos vistos, en los que cabría plantearse hasta que punto es vinculante un CDC inserto en un contrato, o redactado con ocasión de una relación jurídica nacida del contrato, habría que plantearse asimismo el supuesto de que el contrato forme parte del CDC. Esto sucede singularmente en relación con el arbitraje²⁹². En efecto, en determinados códigos de conducta promovidos por sectores empresariales no es extraño que se contenga por parte de la entidad adherida el compromiso de someterse a arbitraje de consumo. Ello implica un compromiso. En la medida en que el contrato de compromiso o arbitraje implica un consentimiento contractual, el CDC, que es instrumental o complementario respecto de los contratos de servicios prestados por las empresas del sector autorregulado, se convierte en el instrumento de sometimiento a arbitraje. Con ello se alcanza una vinculación contractual por el CDC en la medida en que el contrato se contiene en el CDC.

4.1.4 Los CDC en estatutos reguladores de la propiedad inmobiliaria

4.1.4.1 En general

Como hemos dicho, a falta de una regla general sobre el efecto vinculante de los CDCs, en la medida en que existen categorías jurídicas en nuestro ordenamiento a las que la Ley da fuerza vinculante, es interesante ponderar la posible incorporación a las mismas de los CDC. Entre las categorías admitidas

²⁹² Al respecto, ALVAREZ MORENO, M.T. “Códigos de conducta...”. *Ob. Cit.* Pág. 393 y ss.

por nuestro ordenamiento, debemos destacar (además de la ley y el contrato en cuanto fuentes de las obligaciones, Art. 1089 CC) los estatutos reguladores de la propiedad inmueble. Dichos estatutos, de base contractual, y vinculantes por ley²⁹³, son conjuntos normativos en los que se establecen disposiciones relativas al uso y disfrute de determinados bienes inmuebles. Los mismos carecen de una regulación general y, al igual que los CDC, son de muy distinto tipo: en esta categoría podríamos incluir desde las reglas reguladoras de comunidades de pastos y aprovechamientos comunales, hasta clubes deportivos de toda índole en los que el desarrollo de las actividades implica el uso de un inmueble en el que rigen unas normas²⁹⁴.

En cualquiera de los casos, hemos de destacar que la problemática será muy distinta de la existente en los supuestos estudiados con anterioridad. En efecto, en el caso de las reglas relativas a los inmuebles, los redactores del CDC o quienes se vean obligados por ellos serán los titulares de los inmuebles en cuestión. No cabrá hablar aquí de sociedades autorreguladas, de co-contratantes de las mismas (empleados, proveedores), ni de perceptores de sus servicios, entre los sujetos a tener presentes a la hora de considerar los deberes que generen los CDC y los correlativos derechos a que éstos puedan afectar²⁹⁵. Aquí

²⁹³ Considerados desde una óptica de la relatividad de los vínculos jurídicos generados por el contrato, es evidente que sobrepasan el ámbito personal de sus factores (Art. 1257 CC) y a partir de que son redactados y publicados, afectan por ley también a los futuros propietarios de las viviendas afectadas por los estatutos, aunque no hallan intervenido en la redacción de los mismos, lo cual justifica su publicidad (Art. 6 LPH, 8 LH) así como el control de legalidad al que los mismos van a estar sujetos (Art. 18 LH).

²⁹⁴ En este caso cabría integrar en contenido del CDC en los Estatutos de la Asociación respectiva. Distinto sería el caso (no alejado de la realidad) de que el Club estructurase su funcionamiento mediante fórmulas societarias, supuesto en que el cabría la incorporación del CDC mediante los pactos parasociales de los que me encargo en el apartado siguiente.

²⁹⁵ Si acaso como adquirentes de inmuebles que van a verse perjudicados con posterioridad por las reglas de uso de los mismos establecidas con anterioridad a su adquisición

el problema a analizar se ciñe exclusivamente respecto de los adquirentes de los bienes a los cuales afecte el estatuto regulador en el cual en su caso se contengan normas sobre la conducta. Los terceros podrán verse beneficiados y obligados por la aplicación del CDC, pero a la hora de exigir su cumplimiento, no tendrán la posición acreedora que sí tendrían en el caso de CDCs procedentes de pre-disponentes y prestadores de servicios en el mercado, con los cuales la inmensa mayoría de los consumidores tienen una relación contractual que les permite actuar (aunque sea de forma negativa, no consumiendo).

Ahora bien, en la medida en que los CDC incorporados en las reglas relativas al ejercicio de los derechos reales obligan y se cumplan lograrán, si son debidamente aplicados y contienen normas de interés para determinados valores (por ejemplo compromisos de calidad ambiental, de cuidado estético, de un adecuado desarrollo de la infancia, de cuidado de animales...), un resultado beneficioso para la comunidad y el interés público. De otro modo: por esta vía se puede lograr el resultado que, vía el fomento de la autorregulación, se esté pretendiendo. Simplemente que en lugar de ser un comportamiento de una serie de prestadores de servicios en el mercado, lo será de los titulares de derechos reales sobre determinados bienes (lo cual conecta evidentemente con los deberes inherentes a la función social de la propiedad).

4.1.4.2 En particular, los Estatutos de las comunidades en régimen de propiedad horizontal

Entre los Estatutos reguladores de la propiedad inmobiliaria destacan especialmente, por su muy extendida aplicación, los Estatutos reguladores de la

propiedad horizontal. Sobre los mismos dispone el art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) que

“el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad”.

A continuación del mismo, el art. 6 añade que

“para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior, que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración”.

Con mayor exhaustividad y claridad, el Código civil de Catalunya dispone en su Art.553-11 que

“1. Los estatutos regulan los aspectos referentes al régimen jurídico real de la comunidad y pueden contener reglas sobre las siguientes cuestiones, entre otras:

a) El destino, uso y aprovechamiento de los bienes privativos y de los bienes comunes.

b) Las limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos.

c) El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

d) La aplicación de gastos e ingresos y la distribución de cargas y beneficios.

e) Los órganos de gobierno complementarios de los establecidos por el presente código y sus competencias.

f) La forma de gestión y administración.

2. Son válidas, entre otras, las siguientes cláusulas estatutarias:

a) Las que permiten las operaciones de agrupación, agregación, segregación y división de elementos privativos y las de desvinculación de anexos con creación de nuevas entidades sin consentimiento de la junta de propietarios. En este caso, las cuotas de participación de las

fincas resultantes se fijan por la suma o distribución de las cuotas de los elementos privativos afectados.

b) Las que exoneran determinados elementos privativos de la obligación de satisfacer los gastos de conservación y mantenimiento del portal, escalera, ascensores, jardines, zonas de recreo y demás espacios similares.

c) Las que establecen la utilización exclusiva y, si procede, el cierre de una parte del solar, o de las cubiertas o de cualquier otro elemento común o parte determinada de este a favor de algún elemento privativo.

d) Las que permiten el uso o goce de parte de la fachada por medio de la colocación de carteles de publicidad en los locales situados en los bajos.

e) Las que limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos.

3. Las normas de los estatutos son oponibles a terceras personas desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad.

El Art. 553-12 se refiere al hipotético “Reglamento de régimen interior”, disponiendo que

“1. El reglamento de régimen interior, que no puede oponerse a los estatutos, contiene las reglas internas referentes a las relaciones de convivencia y buena vecindad entre los propietarios y a la utilización de los elementos de uso común y las instalaciones.

2. El reglamento obliga siempre a los propietarios y usuarios de los elementos privativos.”

Leyendo estos preceptos desde la óptica del estudio del fenómeno autorregulatorio, debemos plantearnos seriamente la posibilidad de que los CDCs se incluyan en las normas reguladoras de la propiedad horizontal: ya para ordenar la convivencia en interés de los vecinos (*ad intra*), ya para asegurar comportamientos cívicos o ejemplares de la comunidad de vecinos con el resto de la comunidad política en la que la misma se asienta (*ad extra*)²⁹⁶. En este

²⁹⁶ En este orden de cosas, el mismo papel que la vigente legislación concede a los CDCs para la protección de ciertos valores en ámbitos como el audiovisual, la prestación de servicios o la contratación electrónica, podría atribuirse a la autorregulación del uso de inmuebles en aquellos

caso, entiendo que dado que en un CDC de lo que se trata es de regular los detalles de la convivencia, el mejor encaje de un código *a priori* y en Derecho común, sería el de las llamadas normas o reglamentos de régimen interior recogidos en el art. 6 LPH por cuanto el Art. 5 LPH está previsto para las normas relativas a la configuración del derecho real de propiedad vinculado²⁹⁷, mientras que el Art. 6 parece estar dirigido a las reglas de convivencia, donde evidentemente encajan mejor las disposiciones relativas a la conducta.

En el caso del Derecho civil catalán, la cosa cambia: el Art. 553-11 declara válidas (apartado 2), y por tanto inscribibles (apartado 3) las cláusulas que *“limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos”*. Dichas cláusulas es evidente que pueden contener normas sobre la conducta. Asimismo, es interesante destacar el matiz de que así como en el Derecho común las normas de detalle sobre la convivencia y el uso de los bienes comunes se relegan a las normas de régimen interior (Art. 6 LPH), pues lo relativo al uso en los estatutos parece vincularse a lo relacionado con el ejercicio del derecho (de modo se habla de *“uso y destino”*), en el Derecho catalán, se contempla como parte de los Estatutos la regulación del *“uso y aprovechamiento de los bienes privativos y de los bienes comunes”* (Art. 553-11. 1º.b). Con todo, el ámbito del reglamento parece sustancialmente igual al previsto en el Derecho común, en tanto el mismo se refiere a *“reglas internas referentes a las*

valores directamente relacionados con los mismos: fundamentalmente el medio ambiente (auto-normando reglas sobre reciclaje, consumo energético, contaminación...), pero también la cultura (así mediante disposiciones sobre preservación de entornos o reglas sobre estética en el uso de ciertos bienes públicos).

²⁹⁷ “Bajo la rúbrica propiedad vinculada se pueden englobar diversos supuestos de cotitularidad de derechos sobre inmuebles –conocidos como vinculaciones o titularidades ob rem o propiedades consorciales– en los que aparecen inseparablemente unidas la propiedad de determinados fondos a elementos comunes pertenecientes a los mismos” (YLLA GARCÍA-GERMÁN, A. – ANGULO FERNÁNDEZ, M.A. Tema 30. En *Temario completo Derecho civil para las oposiciones de Registros*. <http://notariosyregistradores.com/opositores/registros-civil/t30.doc>).

relaciones de convivencia y buena vecindad entre los propietarios y a la utilización de los elementos de uso común y las instalaciones” (Art. 553-12).

El problema de fondo, tal vez, es que la distinción entre Estatutos y Normas de Régimen Interior, no está lo bastante clara, de ahí que ARNAIZ abogue por suprimir la diferencia²⁹⁸. Una diferencia que no es baladí si tenemos presente que para modificar el título constitutivo (y por tanto los Estatutos) se requiere la unanimidad de los propietarios (Art. 17. 6 LPH), en tanto que las normas de régimen interior debe entenderse que basta la mayoría simple para aprobarlas (HERNÁNDEZ²⁹⁹). Por ello se señala que los Reglamentos no pueden tocar el título constitutivo y que el ámbito de los mismos es el relativo a la “administración y convivencia” (HERNÁNDEZ³⁰⁰).

La Ley no contempla expresamente y con tal denominación que se regulen los detalles de la convivencia por medio de un CDC, pero tampoco lo prohíbe, sino que de modo expreso contempla con otra denominación la autorregulación de las comunidades de vecinos, estableciendo un claro margen para las normas relativas a la conducta, en tanto se permite que se establezcan normas de régimen interior. A mi modo de ver las mismas podrán ser configuradas como las partes tengan por conveniente: reglamentos, normas, códigos de conducta etc. Ello permitiría abrir una puerta a la expansión del fenómeno autorregulatorio en el uso de inmuebles y nos permite subsumir los CDCs en una categoría a la que la ley asocia efectos vinculantes jurídico- coactivos.

²⁹⁸ Cfr. ARNAIZ EGUREN, R. *Terreno, edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*. Civitas, Cizur Menor 2010. Pág. 406.

²⁹⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Comunidades de vecinos*. Mira, Zaragoza 2015. Pág. 54.

³⁰⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Comunidades...Ob. Cit.* Pág. 53.

Dicho efecto vinculante requiere no obstante una clarificación considerado desde las fuentes de las obligaciones. En efecto, con carácter general, la obligatoriedad de un acuerdo privado sólo afectará a las personas que lo han suscrito (Art. 1257 CC). Sin embargo, en el caso de los estatutos y las normas de régimen interior de las comunidades de vecinos, las mismas están previstas para que surtan efectos, no sólo respecto de los propietarios en el momento de redactarse las mismas, sino también de quienes lo sean en momentos posteriores. En otro caso, resultaría que éstas no tendrían continuidad en el tiempo, lo cual degeneraría en la necesidad de nuevos pactos entre los interesados. Como indica FERNANDEZ DEL POZO “la utilidad de las normas de régimen interior reclama su oponibilidad a terceros”³⁰¹. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS expresa también que las mismas forman parte de las obligaciones inherentes al dominio de este tipo de propiedad, aumentando con ello las obligaciones y cargas que configuran el contenido del derecho³⁰². Ahora bien, dicha eficacia requiere la posibilidad de conocimiento³⁰³, lo cual hace aconsejable que se inscriban dichas normas, asunto que se analizará más adelante.

Por el momento, y a los efectos de estudiar la eficacia jurídica de los CDCs, hemos de asentar que, de entender como nos parece lo más razonable (la expresión “*obligarán también*” del artículo 6 LPH debería ser bastante para

³⁰¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *La publicidad registral de las normas de régimen interior de las comunidades de propietarios (art. 6 LPH)*. En RCDI. Num 656. Enero- Febrero de 2000, p.112.

³⁰² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho hipotecario*. 2 vols. Centro de Estudios Registrales. 3º Ed. Madrid 1999. Tomo II, pag. 529.

³⁰³ Conocimiento que es de gran trascendencia a la hora de tomar una decisión, y por tanto en el tiempo de la formación del contrato, como he analizado en otro lugar: VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “La información registral en la formación del contrato”, en AA. VV (PARRA LUCÁN, M.A. Dir) *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur menor, 2014. Págs. 509 a 512.

disipar las dudas), que las normas de régimen interior pueden vincular a sus redactores y a terceros, los CDC contenidos en las mismas tendrían una incuestionable fuerza coactiva. En cualquier caso, si no se admite ese efecto frente a terceros, de lo que no hay duda es que en este caso se lograría al menos el efecto de sujeción de todos los que hayan acordado³⁰⁴ el CDC contenido en la correspondiente norma de régimen interior. Algo que no está tan claro en otros supuestos, como los estudiados al tratar de los CDC que afectan a la actividad contractual. Y en todo caso es evidente que la fuerza moral, dirigida a suscitar ejemplaridad, por la propia razonabilidad de las normas, se verá reforzada por la existencia de la regla codificada, escrita y publicada.

Lo único que deberemos precisar es que para que un CDC tuviese cabida en las normas o reglamentos de régimen interior de la propiedad horizontal, el mismo deberá someterse a los límites establecidos en el art. 5 LPH en Derecho común, y al Art. 553-12.1 del CCC en Derecho catalán, a saber: ser conforme a Ley y a los Estatutos.

De admitirse esta posibilidad, que creo perfectamente ajustada a Derecho, cabría lograr por medio de CDC comunitarios resultados a los que la simple Ley no llega en materia medioambiental³⁰⁵ (pensemos en ruidos o medidas de higiene o calidad ambiental no contempladas en la Ley), de conservación del

³⁰⁴ En redactores habría que incluir, tratándose de reglas relativas al uso de bienes inmuebles, no sólo a los que adopte el acuerdo en cuestión, sino a todos los ocupantes de los departamentos pertenecientes a los mismos.

³⁰⁵ Al respecto, téngase en cuenta el trabajo de SENDIN MARTIN, C. “Ecoetiqueta-SERCA y Registro de la Propiedad”. *Lunes cuatro treinta*. Num 468, Octubre de 2009, p.22 y ss.

patrimonio, y de otros ámbitos en los que el uso de los inmuebles puede ser determinante³⁰⁶.

4.1.5 Los CDC como pacto parasocial

Otra las de las categorías a las que podemos referirnos y que podrían ofrecer un cauce interesante para dar fuerza vinculante a los instrumentos de autorregulación, es la de los llamados pactos parasociales.

Generalmente, se entiende que son pactos parasociales todos aquellos acuerdos reguladores de aspectos relacionados con las sociedades pero que no se incorporan a los Estatutos de las mismas al no ser propiamente sus normas relativas a la constitución de la sociedad y sus elementos esenciales. No obstante, dichos pactos ofrecen un marco regulador (autorregulador) de la actuación de los miembros de la sociedad, dando lugar a lo que ha venido en llamarse “*Self-Enforcing*” societario. Con estos instrumentos se pretende, al igual que con la autorregulación en general, llegar más allá de las fronteras naturales a las que obliga a llegar la norma estrictamente considerada, o bien más allá de los resultados que, no obstante obligaciones reguladas, se suelen conseguir en la aplicación de las normas³⁰⁷.

³⁰⁶ Las posibilidades son muy grandes. Una de ellas sería que, al igual que se procura lograr un clima de confianza y ejemplaridad en los comerciantes promoviéndose por los servicios de consumo de las administraciones la suscripción voluntaria de CDC por los prestadores de servicios de diferentes ámbitos, no sería descabellado promover CDC relativos al uso de los inmuebles en ciertas zonas, a los fines de preservación de conjuntos atractivos de cara a su interés turístico, patrimonial, o ambiental.

³⁰⁷ Fernández del Pozo llama la atención (*El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas, 2008, p.207) sobre una emergente literatura sobre el modelo de *Corporate Law* que resulta especialmente útil en países en desarrollo o bien con serios problemas de desconfianza respecto a los tribunales y la administración.

Tradicionalmente, bajo la vigencia del art. 6 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se sostuvo la nulidad radical de los acuerdos parasociales. Sin embargo, en la actualidad, admitida su vigencia, el problema relativo a los mismos se centra en su oponibilidad u obligatoriedad frente a terceros³⁰⁸. Aunque no faltan quienes niegan el carácter vinculante de los mismos (sobre la base de una tajante separación de lo social y lo parasocial), como indica FERNÁNDEZ DEL POZO

“hasta quienes niegan en Derecho tal posibilidad, reconocen la utilidad práctica que podría reportar a las partes ganar la oponibilidad plena de lo convenido como pacto parasocial”³⁰⁹.

Y es que, como recuerda este autor, existe ya una jurisprudencia y una doctrina estables relativas a la imposibilidad de escapar a los compromisos asumidos en un pacto reservado y a la obligatoriedad de su cumplimiento, sobre la base de una coincidencia entre el sustrato societario y los suscriptores del pacto parasocial³¹⁰.

Considerado el tema desde la óptica de los CDCs, es evidente que la incorporación de los mismos como acuerdo entre socios no integrado en los

³⁰⁸ En ésta línea, el Artículo 213-21 del Anteproyecto de Código Mercantil, que dispone “*Pactos parasociales. 1. Los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro Mercantil, no serán oponibles a la sociedad. Los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos. 2. Son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de socios o de terceros en el ejercicio de su cargo. 3. Quien hubiere incumplido un pacto parasocial deberá indemnizar los daños y perjuicios causados y asumir las demás consecuencias previstas en el pacto*”. Por tanto, aun cuándo no se les otorga eficacia social, no se pone en cuestión la eficacia *inter partes*. La redacción ha sido no obstante bastante criticada, por cuanto lo que se prohíbe con carácter general en las sociedades no integradas en grupos, si que se permite respecto de los pactos parasociales en los grupos de sociedades. Al respecto vid. FERNÁNDEZ DEL POZO REY, L. “Acerca de la licitud de los pactos parasociales para el Consejo. La mala regulación de la cuestión en el proyectado Código Mercantil”. En *La Ley Mercantil*. Número 3. Junio de 2014. Págs. 18 a 29.

³⁰⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *El protocolo familiar...Ob.cit.* p.212.

³¹⁰ *El protocolo familiar...Ob.cit.* pp.216 y ss.

Estatutos, podría beneficiarse de la eficacia que la moderna doctrina concede a estos pactos parasociales. En estos casos, debería existir el necesario anclaje estatutario que permitiese exigir el cumplimiento de las determinaciones del CDC. Ello nos permitiría obtener el cumplimiento forzoso del mismo con causa en el contrato social pero sin la incorporación del CDC en su totalidad al mismo. Otra posibilidad, es reputar el pacto parasocial como contrato entre los interesados, con la eficacia correspondiente.

Con todo, no debe perderse de vista que en éste caso no nos encontramos ante acuerdos de autorregulación con un objeto fundamentalmente relativo a la conducta en asuntos de interés intra- societario. Por el contrario, la autorregulación como fenómeno novedoso y generalmente relacionado con la ejemplaridad, tiene un ámbito más amplio, político (en el sentido de relacionado con la conducta de los sujetos en la *polis* y su deber general de colaboración con la misma). Los fines de uno y otro en determinado momento podrían coincidir, y de hecho parece que las sociedades se suelen querer comprometer al algo más que lo meramente relacionado con el fin social. Así, la llamada responsabilidad social corporativa, suele acarrear compromisos que sobre-exceden los fines de la sociedad (normalmente, obtener un beneficio, aunque no es descartable el uso de formas societarias como forma de entidades sin ánimo de lucro, dando lugar el fenómeno a toda una cultura empresarial *non profit*) y lo deberes de los administradores para con la misma.

En estos casos, es evidente que uno de los problemas a tener en cuenta para determinar la oponibilidad, sería el de la cognoscibilidad del CDC. Para

ello, lo más razonable sería plantear la inscripción del mismo en el Registro Mercantil³¹¹.

4.1.6 Los CDC no obligatorios jurídica sino moralmente

Consideradas todas las posibilidades expuestas sobre el posible efecto vinculante que pueden tener los CDC en tanto encajen en las instituciones que producen vinculación jurídica en nuestro Derecho, no podemos cerrar éste apartado sin una mención, aunque sucinta, al supuesto de los CDC que no produzcan efecto jurídico alguno. En caso de que exista un CDC y no haya forma de hacerlo encajar en las fuentes del Derecho o de las obligaciones (en sus variadas opciones estudiadas), habría que preguntarse: ¿surten algún efecto dichos códigos?

A la misma, habría que responder que su eficacia es moral, aunque no se pueda lograr una aplicación coactiva de la ley.

El supuesto que tratamos será relativamente frecuente. En efecto, no siempre un CDC está inserto en un contrato o en el contexto de una relación contractual o en una ley (en alguna de las figuras obligatorias contempladas por la misma). En todos esos casos, sin embargo, se define igualmente una conducta valiosa y ejemplar.

Como se verá de forma más profunda en el apartado correspondiente a Filosofía del Derecho, analizando el fenómeno desde concepciones positivistas, en tanto se predique la autonomía de la Moral y el Derecho, habría que entender

³¹¹ De este asunto nos encargaremos en el apartado correspondiente de la segunda parte.

que existirá la sanción moral que se quiera, pero que no puede existir exigibilidad jurídica alguna.

Si en cambio, consideramos que el Derecho y la Moral forman una unidad de orden, entonces los códigos de conducta, serían normas morales que obligarían como deberes sin que existiese coacción: aún cuando no existe *vis coactiva* que mueva forzosamente a determinado comportamiento, si existe *vis directiva* que impone (en conciencia, si así se cree; ante la sociedad, en todo caso) un deber (y que puede penetrar en la interpretación y aplicación del Derecho a través de conceptos como el de buena fe). Deber que puede considerarse jurídico, más allá de la coacción, en tanto impuesto por la ley³¹².

Si consideramos que los códigos, aun sin efecto jurídico- vinculante, son siempre normas relativas a la conducta humana que presentan una conexión con lo que se considera justo o por lo menos ejemplar, es evidente que la existencia de los mismos podría estar viniendo a fijar una suerte de Derecho no coactivo (o de persuasión sobre el comportamiento), pero que ha de tener necesariamente efectos. La explicación desde la teoría pura del Derecho resulta imposible y seguramente insatisfactoria (pues entonces no cabía admitir exigibilidad moral alguna en la esfera pública). Sin embargo, considerado el fenómeno desde una concepción iusnaturalista en la que la Moral actúa de eslabón intermedio entre Derecho Natural y positivo, es evidente que se comprende mucho mejor la obligatoriedad (*vis directiva*) que hayan de tener éstos códigos. Si nos ponemos en los estrictos términos de lo exigible por la fuerza (caso de incumplimiento), seguramente se podría decir que carecen de

³¹² Respecto del problema del deber, puede verse el apartado correspondiente del capítulo de teoría general.

efecto. Sin embargo, junto a los escasos supuestos de falta de cumplimiento, hemos de contemplar los de cumplimiento voluntario: en ellos el CDC contribuirá a fijar el contenido de deberes (simplemente morales en algunos casos, pero también jurídicos en muchos otros), y seguramente determinará la estimación pública de quien lo cumpla, generando adhesión. Una adhesión que puede tener una importancia decisiva si de lo que se trata no es de determinar el cumplimiento de contratos ya sellados, sino de mover a concertar los que hoy no existen. En éste orden, es evidente que los CDC no obligatorios jurídica, sino moralmente, juegan un evidente papel publicitario (produzca³¹³ o no³¹⁴ efectos jurídicos).

4.2 Efecto vinculante de los CDCs no asumidos voluntariamente

4.2.1 Los CDC insertos en disposiciones administrativas

Por otro lado, y en tanto se trata de actos diferentes de los de origen voluntario³¹⁵, deberíamos mencionar a ciertos códigos que se hallan en disposiciones o actos administrativos. En efecto, en determinadas ocasiones, órganos que no tienen otra competencia que la de dictar actos administrativos (es decir, que carecen de competencias normativas propiamente tales, en sentido de poder dictar Reglamentos³¹⁶), establecen normas de comportamiento que reciben el nombre de códigos de conducta³¹⁷.

³¹³ Como defiende CAVANILLAS.

³¹⁴ Dependerá de si lo que se publicita es una prestación exigible por el contrato celebrado.

³¹⁵ La diferenciación de conceptos entre el acto administrativo y el negocio jurídico, señalada por DE CASTRO y GARCÍA DE ENTERRÍA, debe ser bastante a éstos efectos.

³¹⁶ Pues debemos recordar que la potestad reglamentaria recae exclusivamente en el Gobierno en su conjunto, a salvo puntuales excepciones expresamente previstas (Artt. 100 o 115 de la

La delimitación de la naturaleza jurídica de estas disposiciones es necesaria, pues no es lo mismo acto que Reglamento: ni ambas figuras tienen el mismo valor normativo, ni ambas actúan del mismo modo sobre la conducta de los particulares (aunque ambas, es cierto, son disposiciones coactivas, vinculantes jurídicamente en sentido estricto por tanto). La doctrina administrativista diferencia ambas categorías, pues el reglamento forma parte

Constitución) y sin que en ningún caso puedan considerarse reglamentos las disposiciones manadas de otros órganos, por muy generales que sean. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 16ª Ed. Civitas. Cizur Menor 2013. Pág. 187.

³¹⁷ Como ejemplo, podemos señalar: 1º Los contemplados en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 44/2002. La Disposición Adicional de la Ley 44/2002 dispone que “*La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y el Ministerio de Economía, cada uno en el ámbito de su supervisión, aprobarán códigos de conducta que contengan las reglas específicas a las que deberán ajustarse las inversiones financieras temporales que hagan las fundaciones, establecimientos, instituciones y asociaciones sin ánimo de lucro, colegios profesionales, fondos de promoción de empleo, mutuas de seguros, mutualidades de previsión social, mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y, en su caso, las demás entidades sujetas a tipos de gravamen reducidos en el Impuesto sobre Sociedades, que no tengan un régimen específico de diversificación de inversiones con el fin de optimizar la rentabilidad del efectivo de que dispongan y que puedan destinar a obtener rendimientos de acuerdo con sus normas de funcionamiento. Los órganos de gobierno, administración o dirección de dichas entidades deberán presentar un informe anual acerca del grado de cumplimiento de los citados códigos para que lo conozcan el protectorado o sus partícipes, asociados o mutualistas*”.

2º La Resolución de 17 de Diciembre de 2004 pola que se aproba o código de boa conducta administrativa do Valedor do Pobo da Comunidade Autónoma de Galicia. Dicha institución aparece regulada na Lei 6/1984, do 5 de XUÑO, do VALEDOR DO POBO (Modificada polas Leis: 3/1994, do 18 de xullo; 1/2002, do 26 de marzo e 8/2008, do 10 de xullo). No obstante la ley, un acto administrativo establece normas de conducta como desarrollo de la misma.

3º La Orden 46/2010 de 25 de Enero por la que se aprueba el Código de orientativo de buenas prácticas administrativas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus Organismos Autónomos en sus relaciones con los ciudadanos.

4º Código de Conducta de los Servicios de Tarificación Adicional, de 23 de julio de 2004 (BOE 30 de Septiembre de 2004).

5º Código de Conducta que regula la Prestación de Servicios de Tarificación Adicional Basados en el Envío de Mensajes, de 8 de julio de 2009 (BOE 27 de Julio de 2009)

Nos encontramos pues ante normas procedentes del regulador y no de instrumentos de autorregulación propiamente dichos.

del ordenamiento, pero el acto se produce en el seno del mismo. Ello excluye una aplicación de la doctrina del acto a la producción de los Reglamentos³¹⁸.

Consecuencia de ello, se debe observar en todo caso el límite legal tanto en el modo de producción, como en las materias que abarque, y estará sometido a la revisión propia de los actos administrativos, siendo en consecuencia impugnables. Y es que no se puede perder de vista que las normas generales no pueden ser dictadas sino por quien ostenta la potestad reglamentaria: sólo sus actos, y no los de los demás órganos, pueden tener el carácter de normas generales³¹⁹.

Los CDCs contenidos en disposiciones que no sean reglamentarias, participarán en su caso de la naturaleza de los actos administrativos (si bien generales) y en su caso de las instrucciones de servicio (que se pueden dictar en un ámbito administrativo determinado por los órganos administrativos, Art. 12 Ley 30/1992), si bien no se debe perder de vista que “no constituyen Derecho objetivo afectante a los ciudadanos”³²⁰.

³¹⁸ Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ “no sería correcto...explicar el Reglamento como acto administrativo general y hacer aplicación al mismo de toda la teoría de los actos”, pues “la distinción más obvia entre Reglamento y acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo “ordenado”, producido en el seno del ordenamiento y por este previsto como simple aplicación del mismo” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Curso...Ob. Cit.* Pág. 183).

³¹⁹ “Las normas reglamentarias externas, que afectan como *normae agendi* a todos los ciudadanos no pueden ser dictadas” sino por quien tiene la potestad reglamentaria, pues “suponen una supremacía general sobre el pueblo que es propia del Gobierno como órgano político (Art. 97 de la Constitución), supremacía que se expresa en que sólo sus actos, y no los de cualquier órgano administrativo, son firmados por el Rey (Art. 62. f), en cuanto expresión de la unidad del Estado” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Curso...Ob. Cit.* Pág. 188).

³²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Curso...Ob. Cit.* Pág. 190.

Hecha ésta precisión sobre su naturaleza jurídica, debemos destacar que estos códigos, en tanto gozan de la fuerza coactiva propia de los actos administrativos, suponen un caso claro de regulación de la conducta que gozan de la fuerza que les atribuye la ley. Serían por tanto un caso claro de código no asumido voluntariamente por los entes llamados a cumplirlo. Los principales problemas a que puede dar lugar, son en cambio inversos a los que originan los códigos voluntarios: así como en éstos la modalidad de producción *bottom/up* o de abajo hacia arriba puede plantear problemas que hacen aconsejable el control de legalidad³²¹ para evitar la creación de obligaciones ilegales *por voluntad* de los particulares (con el peligro de que unos terminen imponiendo sobre otros obligaciones sin la legitimidad constitucional para ello); en los contenidos en actos administrativos la producción *top/down* puede originar en cambio la necesidad de controlar la legalidad para impedir que por vía de actos-código o de disposiciones inferiores, se lleguen a producir normas *ilegales contra la voluntad* de los obligados a observarlas. El principio de jerarquía normativa, el de legalidad, y el de seguridad jurídica, encuentran por tanto en éstos casos un campo de actuación muy importante, que se ejercerá judicialmente.

Con todo, lo más destacable de estos códigos es su valor. Si consideramos que estamos ante normas de conducta con la fuerza coactiva de los actos administrativos, es evidente que no traen nada nuevo y que difícilmente podremos estar hablando de autorregulación. Sin embargo, en la medida en que se les da la denominación de códigos de conducta, y en la medida en que las reglas de conducta previstas en las leyes (con producción de arriba a abajo)

³²¹ Aspecto sobre el cual se profundizará en la segunda parte.

esperan un resultado de cumplimiento voluntario y ejemplar, si podríamos decir que éstos actos están pretendiendo lograr un comportamiento no meramente por el miedo a la coacción, sino por el deber, la corrección y la ejemplaridad inherentes al fenómeno autorregulatorio (con lo cual la ley sería, como dijera COSTA, “una propuesta de costumbre”). De otro modo: los códigos contenidos en actos administrativos, sin perjuicio de la fuerza vinculante (que se verá necesariamente frenada por las exigencias derivadas de la legalidad y la jerarquía en caso de que el regulador sobrepase sus atribuciones), no son simplemente una norma que deba imponer sanciones para el caso (extraordinario) de incumplimiento, sino también una regla definidora de la ejemplaridad para el caso (ordinario) de cumplimiento. Piénsese que en la mayoría de ellos no se contemplan sanciones, y que el incumplimiento con lo que se pena es con la reprobación pública. Y piénsese también que muchas veces no contienen reglas sino mandatos de optimización conforme a los principios, susceptibles de cumplimiento solo en grado. Desde éste punto de vista, cabe hacer un juicio favorable de los mismos³²².

4.2.2 Los códigos de conducta insertos en acuerdos privados

Lo hasta ahora especulado sobre el efecto vinculante que pueden tener los CDCs va referido al caso de que el ente autorregulado haya asumido voluntariamente el CDC. Así ocurre en el caso de entidades adheridas a CDCs promovidos por las Administraciones, así ocurre en el caso de códigos paralelos

³²² Una construcción dogmática del fenómeno más completa ha sido realizada por el Prof. Daniel SARMIENTO en monografía que hemos tenido presente en otras partes de este trabajo: SARMIENTO, D. *El soft law administrativo*. Thomson- Civitas, Cizur menor 2008.

a una relación contractual, o en códigos voluntariamente publicados para normar la actividad contractual de los entes autorregulados.

Junto a éstos supuestos, hemos de referirnos también al caso de aquellos códigos redactados para regular las conductas en un sector determinado, que llegan a crear un contexto de confianza, y que sin embargo no han llegado a ser asumidos voluntariamente. Así ocurre por ejemplo en el caso de códigos reguladores de la conducta de empresas agrupadas en una asociación o sector determinado. La organización del sector establece normas que deben ser cumplidas por parte de todas las entidades del sector pertenecientes a la organización. Ello da lugar en ocasiones a que el CDC sea elemento central de litigios³²³.

Pero, ¿qué ocurre con las entidades que entrando dentro del ámbito de aplicación del CDC no se han adherido al mismo? En éstos casos, la jurisprudencia recaída considera (como no podía ser de otra manera, considerada la relatividad del contrato y las fuentes del derecho y de las obligaciones existentes) que el CDC no puede afectar a la parte que no se ha adherido al mismo. Así, Sentencia de 24 de Mayo de 2004 de la Audiencia de Madrid, en la que se declara que el Jurado de Autocontrol de la Publicidad no es quien para calificar la publicidad emitida por una entidad que no se ha adherido al sector en cuestión³²⁴, lo cual sitúa por tanto el problema en el estricto ámbito

³²³ A decir de SORO RUSELL en el terreno empresarial “los códigos de conducta constituyen en muchas ocasiones los elementos centrales en torno a los cuales gravitan los litigios, teniendo gran importancia respecto de la resolución en cuanto al fondo de los mismos y dando lugar a interesantes reflexiones sobre su eficacia normativa, vinculante o interpretativa” (SORO RUSELL, O. “Veinte años ...”. *Ob. Cit.* Pág. 27).

³²⁴ JUR 2004/227317.

de la autonomía privada³²⁵, pero sin posibilidad de que quienes no han intervenido en el acuerdo adoptado queden vinculados por él. Los códigos supra-empresariales, no contemplando la ley otra cosa, y considerando el art. 1257 CC, sólo desplegarán sus efectos o serán jurídicamente vinculantes respecto de aquellos sujetos que voluntariamente lo hayan suscrito (consecuencia del principio de relatividad³²⁶). Ello encaja con el principio esencial de que lo que no ha sido asumido no puede obligarnos, y abre un campo al control de legalidad del efecto *erga omnes* que determinadas normas pretendan tener.

4.3 Conclusiones

Repasadas las posibilidades indicadas en torno a la posible consideración de los CDC como fuente del Derecho o de las obligaciones, podríamos señalar algunas conclusiones a modo de recapitulación:

1º Respecto de las fuentes del Derecho, resultan especialmente llamativos los CDCs que se promueven desde una ley sin ser parte de la misma ni gozar en consecuencia de su fuerza obligatoria. Dichos códigos, “llamados por una ley”³²⁷, serían la persuasión que el legislador lleva a cabo para suscitar la generación de ciertas costumbres, que logren comportamientos que, reputándose valiosos o necesarios, no se considera en cambio conveniente o lícito imponer.

³²⁵ A decir de SORO “el órgano jurisdiccional recuerda a Autocontrol que el poder de regulación, mediación y resolución de conflictos en materia publicitaria -calificada legalmente “de libre disposición”- le es conferido única y exclusivamente por el consentimiento de sus miembros en ejercicio de su autonomía privada” (“Veinte años ...”. *Ob. Cit.* Pág. 42).

³²⁶ Como defiende SORO RUSELL. “Veinte años...”. *Ob. Cit.* Pág. 42.

³²⁷ En acertadísima expresión de MALUQUER, *Ob. Cit.* Pág 375.

2º Ello lleva necesariamente a volver la vista a las costumbres como fuentes de Derecho. En una primera mirada a las mismas, cabría desconfiar de su valor a la hora de lograr comportamientos por vía forzosa en juicio. Sin embargo, más que de una exigibilidad en juicio, se trata de lograr un comportamiento en la realidad, una eficacia del Derecho en esa inmensidad de casos en los que la ley se cumple voluntariamente. Importaría por tanto más la *vis directiva* que la coactiva de las normas. Ello bien podría llevar a defender que los CDCs están llamados a jugar un gran papel como generadores de costumbre, dentro de la relación ley- costumbre que se sugiere por la teoría de la ejemplaridad.

3º La aceptación del encaje de los CDCs como costumbre implica necesariamente admitir, no sólo las costumbres *praeter legem*, sino también las *secundum legem*.: un tipo de costumbre llamada más a ser aplicada voluntariamente que de forma coactiva, de indudable valor directivo e interpretativo, creadora de riesgo reputacional (cumplir o explicar), y de indudable valor publicitario.

4º Ahora bien, si no admitimos que los CDC sean costumbres, ni usos interpretativos (lo cual les daría un papel en las fuentes de las obligaciones), si que habría que admitirlos como usos normativos. Usos que, dada la actual regulación del CC, derivada de la indistinción moderna de usos normativos y costumbres, “tendrán la consideración de costumbre”, lo cual nos reconduce a la costumbre (confirmando la teoría expuesta).

5º En la bipartición del ordenamiento en reglas y principios, los códigos de conducta son una propuesta de comportamiento acorde a principios, pero no

siempre se señalan comportamiento reglados ni sancionables, sino que se establecen mandatos de optimización de los sujetos. Los códigos son así un cauce para el desenvolvimiento del papel informador del ordenamiento que han de tener los principios, especialmente, en el Derecho patrimonial, la buena fe. Algunas Sentencias dictadas en el ámbito laboral han apreciado transgresión de la buena fe por incumplir códigos, aun cuando los mismos no formasen parte de la conducta- prestación contractual. Y es evidente que los CDCs pueden jugar un gran papel a la hora de probar la vigencia de un principio general del Derecho, y de lograr que los mismos informen la aplicación de las leyes, en especial el principio de buena fe.

6º En cuanto a las fuentes de las obligaciones, en primer lugar tendremos que descartar la pertenencia de los CDC a la categoría de los cuasicontratos, y ello por cuanto la posible reclamación por los consumidores a las entidades cuya conducta regula el CDC tendría que fundamentarse en un enriquecimiento sin causa de difícil determinación.

7º En cuanto a los contratos, los CDC como tales no son contrato en tanto no existe la vinculación de dos partes sobre el comportamiento a que el CDC se refiere (art. 1089, 1254 CC). Ahora bien, las entidades que se comprometan por un CDC podrían incorporar el contenido del mismo como parte del contrato que con otras personas celebren (aunque no siempre, dada la pluralidad de relaciones que en ocasiones está llamado a regir un mismo CDC).

A falta de dicha incorporación, cabría llevar a cabo la incorporación, vía la consideración del CDC como publicidad, en los términos del art. 61 TRLGDCU;

pero sobre todo a través de la integración de las prescripciones del CDC al interpretar el contrato.

Ahora bien, dada la gran amplitud que normalmente tiene el ámbito de aplicación de un código (que va desde los contratos con consumidores a los contratos con proveedores) habría medir mucho en cada caso si el código es elemento susceptible de integración, interpretativo, quien es el acreedor y si el código entra dentro de la materia disponible por el contrato y del objeto (prestación) del mismo.

8º Sin embargo, a la hora de defender la obligatoriedad del CDC, puede ser de enorme interés la figura de la declaración unilateral. Ésta sería obligatoria en todo caso por determinación de la ley, pero también mediando una aceptación. La falta de estas originaría una enorme dificultad a la hora de exigir su cumplimiento, sobre todo si tenemos en cuenta el carácter excesivamente difuso de enriquecimiento o ventaja de que antes hemos señalado.

9º En todo caso, el diseño legal que han obtenido los CDC en los sectores concretos en los que por el momento están presentes en las leyes (LOPD, Ley 34/2002, Ley Audiovisual y Ley de Competencia Desleal), no clarifica el problema del encaje del CDC en las fuentes de las obligaciones. Lo único que está claro es que no son parte de los contratos y que como declaraciones unilaterales no contarán con más fuerza vinculante que la que se logre mediante la auto- imposición de órganos creados *ad hoc* (en caso de la LCD o el RPDP) o de organismos de control no jurisdiccionales (en caso de las autoridades audiovisuales), pero sin un derecho concreto de los consumidores a exigir una

observancia de los Códigos como tales instrumentos normativos con fuerza coactiva.

10. Todas las anteriores consideraciones deben llevar a la conclusión de que sólo serán jurídico- coactivamente obligatorios, aquellos CDC subsumidos en alguna de las fuentes de las obligaciones hoy conocidas. Y para el juego de todas ellas (incluso cuando se trata de leyes que llaman a un CDC, o de costumbres), no cabrá una imposición de un CDC sin la voluntariedad del ente auto-regulado (por la propia naturaleza de la autorregulación). Ello hace que la mejor clasificación de los CDC en orden a su efecto vinculante sea diferenciar entre CDC asumidos voluntariamente (que pueden ser obligatorios coactivamente) y no asumidos (que no será posible imponer).

11. Dentro de los primeros habría que incluir a la costumbre (en tanto existe el juego de la voluntad creadora-cumplidora), así como a los CDCs que forman parte de un contrato, de una declaración unilateral, o de figuras específicas como los estatutos de la propiedad inmueble, o los pactos sociales y parasociales, en los cuales puede encontrar encaje la autorregulación de la conducta. En los segundos, habría que diferenciar aquellos que proceden del Estado como disposición administrativa (los cuales por más que se llamen código de conducta no reúnen los elementos propios de la autorregulación) de los que proceden de los particulares (a quienes en ningún caso se les podrá obligar sin su consentimiento, como ya ha resuelto cierta jurisprudencia).

12. Más allá del posible efecto vinculante, habría que resaltar que muchos códigos ni son jurídicamente vinculantes ni pretenden serlo. Son prescripciones morales que, vía la buena fe y otros conceptos elementales de la interpretación,

pueden contribuir a delimitar el contenido de los deberes propiamente jurídicos. Pero más allá de ello, serán meras convenciones morales. Convenciones necesarias para el Derecho en tanto *leges sine moribus vanae* (HORACIO), lo cual hace que el fenómeno autorregulatorio pueda y deba llevarnos una revisión de las ideas del último siglo en lo relativo a las relaciones entre Derecho y Moral.

5. Códigos de conducta en la teoría general del Derecho

Examinada la posición de los CDCs dentro de las fuentes del Derecho y de las obligaciones, antes de elevarnos a buscar su razón a la luz de la Filosofía del Derecho, procede una mínima clarificación a partir de una serie de conceptos, instituciones o categorías de lo que podríamos llamar la teoría general del Derecho, es decir, dentro de las categorías básicas que se emplean en el Derecho (y que en el Derecho civil se han estudiado normalmente en la Parte General), algunas de las cuales se han entrecruzado al profundizar en el valor de los CDC dentro de las fuentes de las obligaciones³²⁸.

Éste esfuerzo de clarificación procede tras analizar efecto vinculante³²⁹ que a veces pueden tener los códigos de conducta, pero antes de buscar razones (con independencia del efecto coactivo mayor o menor: parte filosófica³³⁰), pues sólo sabiendo el efecto o no efecto jurídico coactivo, cabe plantearse el encaje de los CDCs dentro de las categorías que se emplean por la disciplina jurídica para lograr el desenvolvimiento de las normas coactivas (en el planteamiento³³¹ inductivo³³² y dogmático³³³ que aquí realizamos).

³²⁸ Al respecto de dichas categorías, decía don Federico DE CASTRO que “se necesita apresar a una parte del deslumbrante y continuo cambiar del suceder social para hacerlo materia jurídica, para clasificarlo y poderlo someter a los cauces jurídicos previstos. En distintas épocas, los juristas han empleado con preferencia ciertos conceptos; los institutistas, a los de persona, cosa y acción; los pandektistas aportan el del negocio jurídico; el positivismo, a los hechos jurídicos; la escuela histórica a la relación jurídica; el individualismo, al derecho subjetivo. Cada uno de ellos sirve para destacar un aspecto parcial de la realidad jurídica, pero –seguramente– no puede lograrse una visión total mientras no se les reduce a su verdadero significado instrumental –técnico– y se observa su mutua interdependencia”. DE CASTRO y BRAVO, F. *Derecho civil de España*. Civitas, Madrid, 1987. Pág 550.

³²⁹ En el sentido jurídico coactivo del término. Ver capítulo 4 de esta parte primera.

³³⁰ Que en cierto modo se ve completada en el capítulo siguiente.

³³¹ He llevado a cabo una sucinta sistematización de los métodos dirigida a estudiantes en VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. *Breves consejos para estudiar Derecho con éxito*. VisionLibros.net. Madrid 2012. Segunda edición 2014. Págs. 49 y ss.

5.1 Códigos de conducta, hechos, actos y negocios jurídicos

³³² Siendo los CDC una realidad nueva, y no estando todavía claro ni mucho menos su valor y efectos en la multiplicidad de casos de códigos que hay, lo prudente era seguir la vía inductiva, puesto que no se trataba de inferir criterios de adecuación de la idea a una realidad clarísima, sino más bien de procurar algo de claridad para la realización del Derecho a partir de la práctica o, en palabras de Don Jerónimo GONZÁLEZ destilar “de la observación empírica una verdad a posteriori que sirva luego de base para un procedimiento deductivo” (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. “Métodos jurídicos”. En *Estudios Jurídicos*. Registradores de España- Thomson Reuters. Cizur Menor 2011. Pag 173).

A éste respecto, procede recordar a DE CASTRO cuando dice que “Para no incurrir en las faltas habituales, conviene tener presente que la ciencia del Derecho positivo ha de considerar estos elementos: 1. La idea de la Justicia es el criterio organizador y decisorio de toda la realidad jurídica; incluso en el último y mínimo detalle, la idea de Justicia será la que justifique o excluya y la que dirá el porqué de la decisión. 2. El método: la naturaleza de esa idea es la que determina el procedimiento para conocer toda la realidad que ella informa. Por ello, en primer lugar, estará determinado por el criterio de la adecuación justa y sólo en segundo lugar por el de la adecuación lógica. El poder organizador de la idea se muestra al utilizar: a) el método deductivo, infiriendo criterios de adecuación de los principios generales de justicia (Derecho natural) y de los de la política (idea de la vida a realizar en un pueblo y en un tiempo determinado), y b) el método inductivo, conociendo la realidad social (estructura social, política y económica real) y la realidad jurídica (eficacia real de las normas en la vida social), para que sirva de base para la actuación jurídica (realización práctica en la materia jurídica)”. Afirmando más adelante que “aunque con el primer método” –el deductivo- “se utilizarán más las ideas y en el segundo” -inductivo- “los conceptos, ambos son imprescindibles en la ciencia jurídica. Las ideas dan los criterios prácticos, los signos de orientación y los motivos de decisión. Los conceptos ofrecen los medios de ordenar la realidad jurídica y de comprenderla discursivamente. Se utilizarán conceptos definidores de contenido, ordenadores de materias y sistemáticos para dar forma unitaria al conocimiento” (*Derecho civil de España*. Madrid, 1987. Pag 42).

³³³ Como recuerda don Jerónimo GONZÁLEZ, la distinción entre los métodos dogmático y exegético tiene un valor distinto en la técnica española como consecuencia de las aportaciones de ARCÁRATE y SANCHEZ ROMÁN. Según el primero, el método exegético expone el contenido de las leyes, Códigos y demás disposiciones mediante la exégesis y comentarios de los textos; el dogmático, después de determinar *a priori* las distintas instituciones jurídicas, toma las legislaciones en lo relativo a cada una. Según SÁNCHEZ ROMÁN, el método exegético toma como punto esencial el texto de la ley a cuya explicación se consagra, con sujeción a las reglas de la crítica y a los rectos principios de la hermenéutica; en tanto el dogmático considera las leyes en su conjunto, las organiza y hace su exposición sistemática, desarrollando los principios que contienen (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. “Métodos jurídicos”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Agosto de 1930, pag. 589; recogido en sus *Estudios Jurídicos*. Registradores de España- Thomson Reuters. Cizur Menor 2011. Pag 155).

Una primera clarificación necesaria debe llevarnos a ubicar los CDC en las categorías básicas con las que juega el Derecho civil, y que han sido siempre estudiadas en su parte general.

Conceptos básicos a tener presentes, y respecto de los que conviene plantearse si encajan o no en los mismos los CDCs son los de hecho, acto, y negocio.

Respecto del primero, se considera como hecho jurídico aquel acontecimiento natural del que se siguen consecuencias jurídicas³³⁴ (consecuencias de todo tipo, no sólo adquisición, modificación o pérdida de derechos reales³³⁵), como por ejemplo el paso del tiempo en ciertas condiciones. Es evidente que redactar y publicar un CDC no constituye propiamente un hecho jurídico natural, pues no es un hecho natural, sino que nos encontramos ante un acto humano o hecho jurídico voluntario, decidido por alguien (sea persona física, sea persona jurídica), siendo en consecuencia esencial la conducta humana³³⁶.

³³⁴ A decir de ALBALADEJO “en la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes y otros no. Aquellos se denominan hechos jurídicos. Estos se llaman simplemente hechos o bien hechos no jurídicos. Por relevancia jurídica se entiende dar lugar a consecuencias o efectos jurídicos. Se puede pues definir el hecho jurídico como todo acontecimiento o estado – en general, todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)- al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese Derecho objetivo” (ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil. I. Introducción y parte general*. Vol. 2º. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. Ed. Bosch. Barcelona, 1996. Pág. 125- 126).

³³⁵ “También se dan efectos jurídicos en el campo de los deberes jurídicos” (ALBALADEJO, *Ob. Cit.* Pág. 126).

³³⁶ “Es hecho voluntario aquel en que el acontecimiento que contempla la ley –si es uno solo- es una conducta humana, o en cuya composición –si lo forman varios acontecimientos- entra la conducta humana como causa del resultado” (ALBALADEJO *Ob. Cit.* Pag 129).

Ahora bien, ¿es realmente un acto jurídico? Por acto jurídico se entiende el acto humano (hecho jurídico voluntario) al que la ley asocia efectos jurídicos. Dichos efectos constituyen una valoración jurídica³³⁷, en tanto que se atribuyen al acto una serie de efectos que de ese modo valoran el acto: ya sea concediéndole los efectos queridos por quien realiza el acto³³⁸, ya imponiendo sanciones o consecuencias negativas al mismo (normalmente contrarias a la intención de los interesados³³⁹).

La presentación de un CDC habría de ser acto jurídico si las consecuencias jurídicas de la misma estuviesen claras. Éstas consecuencias están claras a la hora de fijar unos efectos contrarios a los pretendidos por quien realiza el acto: el Art. 6 de la Directiva 2005/29/CE³⁴⁰ considera práctica

³³⁷“La valoración jurídica puede producirse, ya en el sentido de atribuir a un cierto comportamiento efectos jurídicos conformes a la voluntad que normalmente lo determina, o en el de señalarle con preceptos de carácter sancionatorio efectos jurídicos contrarios a tal voluntad” BETTI, E. *Teoría....Ob. Cit.* Pág. 13.

³³⁸ Aunque imponiendo cierta *conditio iuris*, por lo cual la ley que regula, no imponiendo sanción de invalidez, si que produce lo que SUÁREZ llama un efecto irritante o de determinar la ineficacia si no se han observado ciertas formalidades para la eficacia del acto en cuestión. Al respecto vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J. “Las leyes irritantes en De Legibus de Suárez como normas de competencia”. En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29 (2006), pp. 405-421.

³³⁹ Supuesto en que se dice por SUÁREZ que nos encontramos ante una *lex invalidante*. Al respecto vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Ob. Cit.*

³⁴⁰ El texto de la directiva señala “*También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga:....b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código*”.

desleal³⁴¹ el incumplimiento de los compromisos asumidos en un CDC cuando esté claro el compromiso por el comerciante de cumplir el CDC en cuestión³⁴².

Sin embargo, las leyes que se refieren a los CDCs muchas veces potencian la existencia de los mismos, e incluso de organismos para promover su observancia y, sin embargo, no se anudan consecuencias jurídicas (en el sentido de coactivas) derivadas de la suscripción o de la falta de suscripción del CDC. Los dispares resultados a que se llega con un test de incumplimiento³⁴³ mucho poder subsumir el CDC dentro de la categoría del acto jurídico fuera del caso de evitar las prácticas desleales.

Además, aun cuando admitiésemos la subsunción de los CDCs en la categoría del acto jurídico, debemos considerar que algunos autores³⁴⁴ diferencian acto jurídico (en el que las consecuencias son derivadas de la realización voluntaria de ciertas operaciones) de negocio, en tanto acto voluntario: la voluntad como determinante de la consecuencia jurídica, sería por tanto el elemento diferenciador. Al analizar el CDC como acto, no se puede prescindir de la voluntad. Si se considera que todo CDC es en realidad acto

³⁴¹ Estamos por tanto ante conductas que sólo van a producir los efectos que se desprenden del ejercicio de las acciones previstas en la Ley de Competencia Desleal, no conductas sancionadas en el sentido del Derecho sancionador.

³⁴² Sobre la base de esta inclusión entre las prácticas destinadas a generar confianza, CAVANILLAS entiende que los CDC son calificables de publicidad, y propone aplicarles el art. 61 del TRLGDCU, como se ha visto en el capítulo 3 y 4. Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S. “Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 238.

³⁴³ Como el que sugiere GARCIA RUBIO, M.P. GARCIA RUBIO, M.P. “[Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho](#)”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 66, Nº 2141, 2012, pág. 13.

³⁴⁴ ROCA SASTRE, R.M. *Estudios de Derecho privado. I. Obligaciones y contratos*. EDERSA, Madrid 1948. Pág. 7.

voluntario (en tanto la voluntad determina la consecuencia, pero también el contenido y la existencia de la relación nacida), entonces todos los CDCs serian negocios.

Ello nos lleva a la tercera categoría esencial a la que podríamos referirnos procurando llevar a cabo una clarificación, sería la de negocio jurídico. Aunque son varias y diferenciadas las definiciones que dan los autores, con carácter general se entiende por tal toda declaración de voluntad capaz de generar efectos jurídicos³⁴⁵. Las posibilidades que nos abre ésta categoría son muy amplias en tanto es evidente que existe una voluntad clara de ofrecer ciertas prestaciones con los CDC. Ahora bien, así como en los casos de los contratos o declaraciones unilaterales obligatorias se emplea una forma conocida y típica de negocio jurídico cuyos efectos obligatorios están claros (como se ha podido ver en el capítulo anterior), aquellos CDCs que ni son contratos ni adoptan una modalidad típica que resulte clara ofrecen dudas mucho mayores, lo cual puede llevarnos a preguntarnos ¿son un negocio jurídico atípico? La respuesta habría de ser sí cuando la intención (voluntad) de vincularse generando una prestación³⁴⁶ exigible sea clara, pero deberá ser no en el resto de los casos.

Ahora bien, en uno y otro supuesto la situación es problemática en relación a otro tema: de haber prestación cierta y voluntad clara de obligarse, ¿Quién es el acreedor? Ello nos lleva al problema del encaje de los CDCs en la teoría de la relación jurídica.

³⁴⁵ Efectos en sentido amplio: la declaración de voluntad determina la relación, consecuencias y contenido. ROCA SASTRE, R.M. *Estudios...Ob. Cit.* Pág. 7.

³⁴⁶ El problema de la prestación que hemos analizado al tratar del objeto de los contratos, reaparece permanentemente.

5.2 El problema de la relatividad: los CDC en la teoría de la relación jurídica obligatoria

Por relación jurídica, entendemos una relación de la vida práctica a la que la ley asocia efectos jurídicos³⁴⁷. Es la situación “en que se encuentran varias personas entre sí, regulada orgánicamente por el Derecho, partiendo de un determinado principio básico”. Como tal relación, “engloba o puede englobar un conjunto, una trama, de poderes, facultades, deberes, etc, que corresponden a las personas que en ella intervienen” (ALBALADEJO)³⁴⁸. La importancia de la relación jurídica es tal que ciertos autores la han tomado como el concepto esencial³⁴⁹ para la comprensión de todo el Derecho³⁵⁰, que se compone de relaciones entre personas³⁵¹, una especie de las cuales es la relación jurídica, concepto que se reputa central³⁵².

Cuando dichas relaciones sustentan una obligación, la relación es el vínculo entre una posición jurídica de poder y una posición jurídica de deber³⁵³.

³⁴⁷CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I. *Introducción y Parte General*. Volumen II. *Teoría de la relación jurídica*. 11ª Edición. Reus, Madrid 1971. Pág. 3.

³⁴⁸ ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil*. I. Vol. 2º. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. Ed. Bosch. Barcelona, 1996. Pág. 10.

³⁴⁹Es a partir de la idea de la relación como se construye la de institución, que ENNECERUS nos define como “el conjunto de disposiciones del Derecho relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada” (*Tratado*, t. I, vol. I, citado por CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, volumen 2º, pag. 10. Editorial Reus, Madrid 1971).

³⁵⁰Así, a decir de GUASP: “Derecho es el conjunto de relaciones entre hombres que una sociedad establece como necesarias” (GUASP, J. *Derecho*. Madrid 1971, pag. 7).

³⁵¹ Como indica éste autor “dado su concepto, el Derecho no puede estar compuesto, naturalmente, sino por relaciones, y por relaciones entre hombres, una clase especial de las cuáles es en efecto, la que debe recibir el nombre singular de relaciones jurídicas” (GUASP, J. *Ob. Cit.* Pag 83).

³⁵²“La figura de la relación jurídica se instala, en consecuencia, en el corazón de toda la teoría del Derecho” (GUASP, J. *Ob. Cit.* Pag 84).

³⁵³ A decir de BETTI, la relación jurídica es la forma más destacada y más completamente desarrollada de situación jurídica, y “expresa, con la bilateralidad que le es propia, la necesaria correlación existente entre poder y vínculo, entre posición activa y posición pasiva” (BETTI, E.

Dicha relación o vinculación se da entre dos partes, acreedora y deudora, de modo bipolar, y generando para ellos un derecho y un deber respectivamente³⁵⁴.

Entre dichas partes, la obligación genera deberes y somete a responsabilidad el patrimonio de la parte deudora (cfr. Art. 1911 CC). Dichos deberes se establecen respecto de determinado objeto o prestación. Sin entrar ahora en las discusiones acerca de cual sea el objeto de las obligaciones³⁵⁵ (si las cosas o las prestaciones, disputa sobre la cual corren ríos de tinta³⁵⁶), debemos llamar la atención acerca de que, en caso de que consideremos que un CDC forma parte del objeto de una obligación, ello daría lugar a que el acreedor de la conducta autorregulada sólo lo sería aquel que tiene la condición de acreedor en la relación jurídica de la que la conducta sea en su caso objeto. En consecuencia, el resto de personas no estarán legitimadas para exigir dicho comportamiento³⁵⁷.

Por ejemplo, si una multinacional de productos deportivos redacta un CDC prohibiendo el empleo infantil en sus contratos de producción, dicha

Teoría general del negocio jurídico. EDERSA, Madrid. Traducción de MARTÍN PÉREZ, A. Pág. 9).

³⁵⁴ Como indican DIEZ- PICAZO y GULLON, “la obligación es una situación bipolar, que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de una persona llamada acreedor. El acreedor es titular de un derecho subjetivo.....El deudor es sujeto de un deber jurídico” (DIEZ- PICAZO PONCE DE LEON, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho civil*, II, 9, 1).

³⁵⁵ Para lo cual nos remitimos al apartado que hemos dedicado en el capítulo 3 en relación con el contrato.

³⁵⁶ Y de la cual hemos tratado en parte al considerar el objeto de los contratos.

³⁵⁷ Esto tal vez clarifica un poco el problema de la “quiebra de la relatividad” y el surgimiento de un número potencialmente ilimitado de acreedores del que habla ILLESCAS (ILLESCAS, R. “La autorregulación: entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad”. *Derecho Privado y Constitución*, num.17. Enero-Diciembre 2003. Pags. 304 a 308.). Para un análisis más amplio de la materia, nos remitimos al apartado que hemos dedicado en el capítulo 3 en relación con el contrato.

conducta ejemplar será sin duda valorada por los consumidores que acudan a las marcas de la multinacional correspondiente. Sin embargo, si un día se descubriese que dicha multinacional no cumple con la conducta que había prometido, los consumidores no tienen la condición de acreedores de dicha conducta, pues la conducta en sí no forma parte del objeto de la relación obligatoria existente entre los consumidores y la multinacional, la cual se limita a la correcta prestación, con las condiciones pactadas y en su caso esperadas, del producto correspondiente. La prohibición de trabajo infantil no es objeto del contrato entre la marca y sus compradores. Sin embargo, si que lo es en los contratos de la marca con sus proveedores³⁵⁸: si la multinacional exige a sus proveedores que no contraten menores en las fábricas en las que se elaboren los productos que luego la multinacional haya de comercializar, dicha exigencia pasa a ser contenido del contrato entre la multinacional y sus proveedores. El acreedor es la propia multinacional respecto de los mismos. La relación respecto de sus consumidores no sería pues una relación obligatoria, sino moral, que entraría dentro del campo de la ejemplaridad y que sólo sería susceptible de sanción jurídica a través de las acciones contra la publicidad engañosa³⁵⁹. Y no lo es, primero porque los consumidores no son acreedores de dicha prestación; y segundo, porque seguramente la prohibición de emplear niños no es jurídicamente obligatoria en el país donde la producción se lleva a cabo, aunque lo sea en el país de destino de los bienes producidos por menores en su caso³⁶⁰.

³⁵⁸ Se comprende así que en el CDC de la multinacional española de la moda INDITEX se señale que pretende regular las relaciones entre la misma y sus proveedores y empleados, pues dichos contratos serán el campo de juego en el que el CDC puede surtir algún efecto jurídico.

³⁵⁹ Cfr. Caso Nike, que hemos citado en el capítulo anterior.

³⁶⁰ Lo cual nos lleva al problema de la importancia de la autorregulación en el Derecho global, del que nos encargaremos en breve.

Ante esa falta de coacción jurídica, los consumidores “sólo” pueden decidir comprar o abstenerse. La abstención tendrá una fuerza enorme, que seguramente determinará la conducta de la multinacional en su condición de acreedor de sus proveedores³⁶¹. Pero en pura teoría del Derecho, la *facultas* de los consumidores frente a la multinacional, no es un derecho subjetivo ni su actuación el ejercicio de una acción ante los tribunales. Del mismo modo, el comportamiento de la multinacional respecto de sus consumidores no constituye el cumplimiento de un deber que sea objeto de una obligación, sino que se trata de una conducta ejemplar llamada a suscitar adhesión (de ahí la potencia publicitaria de la conducta ejemplar) por parte de los consumidores³⁶².

Cabría preguntarse, eso sí, si nos encontramos propiamente ante un deber jurídico, lo cual será objeto de análisis a continuación.

Pero antes de entrar en el mismo, hay que dejar sentado que la coincidencia del CDC s con las relaciones jurídicas no es total, pues a veces se redacta el CDC unilateralmente o plurilateralmente por entes que no son ni mucho menos los únicos llamados a aplicarlo: en ejemplo, la multinacional redacta, y luego vía la incorporación a contratos convierte en deudores a todos sus proveedores y empleados. Personas a quienes afecta el CDC sin que hayan participado en su redacción³⁶³. Y les afecta porque ha pasado a formar parte de

³⁶¹ Y por ello se dice que consumir es un acto político, aspecto del que nos encargaremos en el capítulo 6.

³⁶² Lo cual ubica el tema más en la autoridad que en la potestad, como veremos en el apartado final del presente capítulo.

³⁶³ GARCIA RUBIO destaca que en los códigos de conducta se aprecia una superación del principio tradicional de relatividad “pues incluso cuando se establecen en el seno de una relación bilateral...vinculan no sólo a los sujetos o empresas que los crean o que se adhieren a

la prestación objeto de una relación jurídica en la que si han prestado su consentimiento respecto de la entidad que se lo exige³⁶⁴.

5.3 El deber jurídico en los códigos de conducta.

Con carácter general, se suele entender por deber jurídico la necesidad³⁶⁵ de que alguien observe una conducta o comportamiento³⁶⁶. Los deberes suelen tener un interés, y suelen imponerse en beneficio de personas concretas o de la generalidad³⁶⁷. En los que se imponen en beneficio de la generalidad, sólo el Estado tiene acción para perseguir a quien incumple, pero existen ventajas a favor de terceras personas³⁶⁸. Ventajas que por otra parte han ido siempre acompañadas de un deber general de colaboración en la realización del Derecho: las Partidas señalaban el deber de todo el pueblo de guardar las leyes, con independencia de que hubiese un sujeto concreto a quien se impusiese esa obligación (P. 1, 1, ley 16).

ellas, sino también a sus empleados o al conjunto de usuarios de un servicio o potenciales adquirentes de un bien” (*Ob. Cit.* Pág. 5).

³⁶⁴ No podemos compartir por tanto la afirmación de la cita anterior prescindiendo de estos contratos o de la ley: si los CDCs de conducta afectan a terceros sin su consentimiento, es únicamente por Ley (que les afecta como parte de la estructura política), pero nunca les puede afectar como tal contrato privado sin otro contrato en el que el CDC de conducta se inserta. Por ello es muy necesario tener clara la ubicación de los CDCs en el haz de relaciones jurídicas de la compleja realidad.

³⁶⁵ A decir de CASTAN, “frente a la idea de derecho, que implica poder, facultad o atribución, la de deber significa necesidad o sujeción”. CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I- II. Reus, Madrid 2007. Actualizada y puesta al día por ROMAN GARCIA, A. Sección segunda, subsección 1ª, XIII, III. Pág. 20.

³⁶⁶ Así lo definen en general los autores, quienes consideran dentro del concepto la imposición de una sanción para el caso de incumplimiento.

³⁶⁷ Como indica CASTAN...*Ob. Cit.* Pág. 20.

³⁶⁸ CASTAN, *Ob. Cit.* Pág. 20.

Además del aspecto de necesidad, el significante deber suele emplearse como sinónimo de obligación (en el sentido de relación obligatoria). Sin embargo (como indica DIEZ PICAZO³⁶⁹), en propiedad, deber y obligación son dos cosas diferentes. La obligación es fuente de deberes, pero también de derechos (cfr. Art. 1112 CC). Por otra parte, hay deberes que no nacen de una relación obligatoria en el sentido de vínculo entre partes acreedora y deudora (por ejemplo, hay deberes que nacen de la titularidad de un bien³⁷⁰, como son por ejemplo los deberes de un propietario de un bien en atención a su propiedad, los del titular de un predio sirviente³⁷¹ o los del usufructuario³⁷²). Ello hace que la doctrina diferencie los conceptos de deber y obligación, pues la obligación es fuente de deberes, pero el concepto de deber y el de obligación tienen cada uno por su parte un campo de acción más amplio que el que puede resultar de la mera equivalencia entre las expresiones.

Se ha criticado la escasa importancia que se le ha dado en la actualidad al concepto de deber jurídico³⁷³, si bien no podemos desconocer que en el pasado siglo alguno de los principales civilistas afirmaron que el concepto de deber “es más esencial y amplio que el de derecho subjetivo”³⁷⁴ y que el deber es el

³⁶⁹ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. II. *Las relaciones obligatorias*. 6º Ed. Civitas-Thomson Reuters. Madrid 2008. Pág. 64.

³⁷⁰ V. gr. En la propiedad vinculada en regímenes como el de la propiedad horizontal, lo cual ha sido objeto de planteamiento al tratar de los instrumentos de autorregulación en el este campo.

³⁷¹ Cfr. Artt. 543 y ss CC.

³⁷² Cfr. Artt. 491 y ss CC.

³⁷³ Así lo señala DE CASTRO, al tratar de la figura en su *Derecho civil de España*, Cit. Pág. 523.

³⁷⁴ *Ob. Cit.* Pág. 20.

concepto central del orden jurídico³⁷⁵. Lo cierto es que desde el siglo XIX a la actualidad se ha querido deslindar lo moral de lo jurídico, fijándose únicamente en la coactividad a la hora de explicar el deber³⁷⁶. Se ha dicho que solo existe coerción y tener que responder, pero no verdadero deber ni obligación jurídica³⁷⁷.

Siendo esto así, la cuestión central a determinar es si propiamente existe un deber jurídico de quien redacta y publica un CDC y respecto de quien. Si dicho deber nace de una obligación, el deber será respecto del acreedor en la misma (en el ejemplo de INDITEX, de la misma sociedad que presenta el CDC como acreedora de sus proveedores y empleados). ¿Existiría deber respecto de alguien más³⁷⁸? En principio habría que entender que deber jurídico exigible por medio de una acción derivada de un derecho subjetivo nacido de una relación obligatoria, no. Como mucho podría existir un deber moral³⁷⁹ susceptible de tener eficacia en el cumplimiento de la obligación a que acompañe (ex art. 1258 CC), o un deber jurídico no exigible forzosamente³⁸⁰. Se podría aducir que una deuda sin exigibilidad forzosa no es posible. Sin embargo, como se verá en el capítulo dedicado a la Filosofía del Derecho subyacente al

³⁷⁵ Cfr. DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 523.

³⁷⁶ Vease a éste respecto el cap. III de la Teoría pura del Derecho de Kelsen.

³⁷⁷ DE CASTRO, citando a BINDER, *Ob. Cit.* Pág. 524.

³⁷⁸ Lo cual conecta con el problema destacado de a favor de quien se establecen deberes jurídicos.

³⁷⁹ Lo cual muestra la medida del campo de inter- actuación regulación- autorregulación, ley- costumbre, Derecho- Moral, norma obligatoria- norma voluntaria-ejemplaridad.

³⁸⁰ Desde una concepción pura del Derecho como simple orden coactivo, es imposible hablar de la existencia de un deber jurídico sin coacción. Sin embargo, lo cierto es que cabría hablar de dicho deber ponderando la vis directiva del Derecho, según hemos expuesto al tratar de la filosofía jurídica relacionada con los CDCs.

fenómeno autorregulatorio, hay normas que determinan deberes más allá de lo jurídicamente exigible o más allá de lo coactivo, lo cual nos devuelve al problema ya señalado de la *vis directiva* de las normas, y de la unidad de las mismas en el orden moral.

Relacionado con el problema de los deberes jurídicos sin sanción, no se puede olvidar que, derivado de la diferenciación entre los conceptos de deuda y responsabilidad, la doctrina admite la existencia de obligaciones naturales que serían deuda aunque no hubiese responsabilidad, siendo dudosa su eficacia por acción o bien excepción en caso de incumplimiento, pero siendo sobre todo eficaces en el cumplimiento voluntario que de las mismas se deriva³⁸¹. LACRUZ³⁸², propuso una clasificación de obligaciones naturales entre las que estaban las que se derivan del deber de respeto a la palabra dada³⁸³. Por otro lado, en Roma se consideraron obligaciones naturales las que asumían los *fili familias (alieni iuris)* respecto del *pater familias*³⁸⁴. Este precedente bien podría llevarnos a postular la existencia de una obligación natural nacida del deber de respeto a la palabra dada en otros casos. Obligación que por los cauces de las obligaciones naturales sería discutible que pudiera obtener eficacia coactiva, pero que en todo caso tendría una indudable eficacia directiva, que es

³⁸¹ Pues “aun no existiendo verdadera obligación jurídica, la ley otorga efectos al cumplimiento espontáneo y voluntario de las obligaciones morales” (DIEZ- PICAZO, L. *Ibidem*. Pág. 98).

³⁸² “Siguiendo a RIPERT” (DIEZ PICAZO, L. *Ibidem*. Pág. 97).

³⁸³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Las obligaciones naturales*, en “Universidad”, 1954, Págs. 3 y ss.

³⁸⁴ DIEZ PICAZO, L. *Ibidem*. Pág. 82.

tal vez el único y principal efecto que tienen las obligaciones naturales en el sentido puro del término³⁸⁵.

Podría existir, por tanto, un deber jurídico aunque no existiese propiamente sanción o sujeción a responsabilidad del patrimonio del llamado a cumplirlo. Y es que, en buena medida, nos encontramos ante deberes que nacen de la costumbre. Deberes que no tienen por qué dejar de considerarse jurídicos por el hecho de que no esté clara la exigibilidad coactiva de los mismos. Al fin y al cabo, la eficacia normativa de la costumbre es incuestionable, y nadie duda de las oscuridades³⁸⁶ y dificultades que plantearía la misma a la hora de su *vis coactiva*, pero del mismo modo nadie duda de su incuestionable potencia por su *vis directiva*³⁸⁷.

A decir de BETTI, cuando la autonomía privada genera negocios para satisfacer las necesidades privadas, dicha

“autorregulación...en la conciencia social es ya considerada como obligatoria por las partes, antes aun de que el acto ascienda a la dignidad de negocio jurídico; no se tiene por un programa puro y simple al que las partes quedan libres de atenerse o no (como podría ser un propósito vinculante que se forma en el interior de la conciencia), sino como un criterio vinculante, como una regla de conducta que reclama ser observada y que, en caso de inobservancia, se acompaña en la vida social de sanciones más o menos enérgicas o seguras, tanto de carácter específico (ejemplo, medidas de retorsión y autotutela) como de carácter genérico (ejemplo, pérdida o disminución del crédito social, con la consiguiente imposibilidad o dificultad de realizar nuevos

³⁸⁵ Como indica SANCHO, “lo que hoy, por comodidad y por costumbre, seguimos llamando obligación natural es, por tanto, algo muy diferente de lo que con tal nombre se conocía en el Derecho justiniano. No consiste en un vínculo jurídico privado de acción; ni de una deuda sin responsabilidad; la obligación natural no llega al campo del Derecho sino en el momento en que se cumple” (SANCHO REBULLIDA, F.A., en AA.VV. *Derecho de obligaciones*. Bosch, Barcelona 1994, pág. 29).

³⁸⁶ DE CASTRO comienza el tratamiento de la costumbre en su *Derecho civil de España* calificando el tema de oscuro.

³⁸⁷ Como se desprende de la reivindicación que de la costumbre lleva a cabo la teoría de la ejemplaridad: “la república legal descansa en una subterránea república de mores” (GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad pública*. Taurus, Madrid 2009. Pag. 251).

tratos³⁸⁸). La sanción del Derecho se presenta como algo añadido y lógicamente posterior, como un reconocimiento de la autonomía, más exactamente. En virtud de tal reconocimiento, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos, y tórnanse instrumentos que el Derecho mismo pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos y, por tanto, permanecen siempre siendo actos de autonomía privada”³⁸⁹.

Como ejemplo de lo que decimos, cabría citar un caso nada extraño en la vida práctica de las sociedades cual es el del padrino de los menores³⁹⁰. Dichos padrinos suelen ser concebidos por la conciencia jurídica popular como las personas que sustituyen a los padres, y desempeñan un complemento de los mismos en ciertos aspectos de la vida de los menores. Sin embargo, fuera del reconocimiento que tiene la figura en el Derecho canónico³⁹¹ (cánones 872 y

³⁸⁸ Es decir, riesgo reputacional.

³⁸⁹ BETTI, E. *Ob. Cit.* Págs. 43 y 44.

³⁹⁰ He tratado más ampliamente del tema en VIGIL DE QUINONES OTERO, D. “Los padrinos en el Derecho civil”. *Revista de Derecho civil*. Volumen II, número 2. Abril- Junio 2015.

³⁹¹ Al igual que ocurre con otras partes del ordenamiento jurídico, en las que el Derecho Canónico ha sido la fuente inspiradora de ciertas figuras (como la persona jurídica o la concepción sobre la buena fe o el contenido del consentimiento negocial), el Derecho de la Iglesia (o en la Iglesia), puede ayudarnos en la comprensión de la categoría del deber jurídico.

En el último siglo, CARNELUTTI, en su *Teoría generale del Diritto*, llegó a cuestionar la juridicidad del Derecho Canónico en base a la falta de intersubjetividad en el mismo, pues a decir de CARNELUTTI los deberes no los configura el Derecho Canónico entre “un uomo ed un altro uomo” sino entre Dios y el hombre, lo cual, aunque mantiene la coactividad según él, priva de la juridicidad por falta de intersubjetividad.

Frente a la tesis de CARNELUTTI se alzaron voces como las de MADONADO o FEDELE. Mientras uno le demostraba que sí que existía intersubjetividad (pues el Derecho Canónico contiene normas como las que regulan el oficio y el derecho de una persona frente a otra), el otro recordaba que la juridicidad no depende de la intersubjetividad del ordenamiento. De modo que, en opinión de FEDELE, el hecho de no haber un acreedor de un deber determinado no elimina la juridicidad del deber, que es tiene un campo más amplio que el que le pueda corresponder en una relación jurídica (que es el ámbito al que quieren constreñir el deber IVREA, GIERKE o WINDSCHEID). El deber jurídico, siguiendo éstas aportaciones a que ha dado lugar la opinión de CARNELUTTI, no depende ni de la intersubjetividad ni de la coactividad para ser tal. Tener esto en cuenta puede resultarnos sumamente clarificador para comprender el problema del deber jurídico a que pueden dar lugar los CDCs.

Sobre la polémica sobre la juridicidad del Derecho Canónico, vid. IBAN, I.C. *Derecho Canónico y Ciencia jurídica*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1984. Págs. 160 a 182.

siguientes del Código de Derecho canónico)³⁹², y fuera de figuras que permitirían dar cauce a la designación de una persona determinada como tutor de los hijos en el caso de faltar los padres (cfr. Art. 223 CC, Art. 110 del Código de Derecho Foral de Aragón), lo cierto es que la figura no puede ser calificada sino de meramente consuetudinaria. Pese a ser costumbre, nadie duda de los deberes jurídicos que corresponden a los padrinos. Si no como tutores (pues en ésta materia la ley se antepone a la costumbre, y la misma exige requisitos formales determinados para que tenga lugar la tutela testamentaria), si como personas llamadas a una determinada función respecto de los menores. Función

La aportación de CARNELUTTI procede de antes del Concilio Vaticano II. Posteriormente al mismo, la categoría del derecho subjetivo se ha incorporado de una forma más plena al Derecho Canónico como modo de incorporar a la persona a la total misión de la comunidad en la que se inserta. La proclamación del derecho subjetivo de los laicos a recibir los bienes espirituales es más clara en el n. 37 de la Constitución *Lumen Gentium* del Concilio Vaticano II que en el c. 682 del Código de Derecho Canónico en el que se basa CARNELUTTI para desarrollar sus comentarios. Y es que, según se ha dicho, el viejo Derecho canónico imponía deberes sin correlativo derecho subjetivo, pero en el nuevo la correlatividad entre quien tiene el oficio en que se basa el deber, y quien ostenta el derecho, se ha intensificado (al respecto, vid. DEL PORTILLO, A. *Fieles y laicos en la Iglesia. Bases de sus respectivos Estatutos jurídicos*. EUNSA, Pamplona 1981, Págs. 76 a 89).

³⁹² Para una comprensión adecuada de la figura del padrino, no podemos prescindir de la figura canónica, es decir, del padrino de bautismo en el Derecho canónico. El capítulo IV del primer Título de la Parte I (referente al Bautismo) del Libro IV (referente a la función de santificar de la Iglesia) del Código de Derecho Canónico regula los padrinos dentro de las normas referentes a los sujetos que intervienen en el sacramento católico del Bautismo. En canon 872 dispone que “*En la medida de lo posible, a quien va a recibir el bautismo se le ha de dar un padrino, cuya función es asistir en su iniciación cristiana al adulto que se bautiza, y, juntamente con los padres, presentar al niño que va a recibir el bautismo y procurar que después lleve una vida cristiana congruente con el bautismo y cumpla fielmente las obligaciones inherentes al mismo*”.

La figura, por tanto, se concibe como función que se atribuye a una persona determinada. Una función que presenta una diferencia muy importante con la figura “civil” según la concibe la sociedad, pues se establece en primer lugar para los adultos, designando alguien que adquiere la responsabilidad de “asistir” la “iniciación cristiana” del interesado.

Contemplando el caso habitual del bautismo de menores, determina que la función del padrino ha de ser “presentar” al niño y “procurar que después lleve” una vida cristiana congruente. Dicha función se les atribuye “juntamente con los padres”, matiz interesante, pues no es por tanto únicamente alguien que adquiriera deberes en defecto del padre (subsidiariamente), sino complementariamente³⁹² a los padres.

Fijadas las funciones, el canon 873 dispone “*Téngase un solo padrino o una sola madrina, o uno y una*”. La aclaración es interesante, pues la costumbre (al menos en España) es poner siempre uno y una, siendo casi desconocido que baste con uno o una

que encajaría bien en el patronazgo³⁹³, presente en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, y cuyo desarrollo encaja perfectamente con la idea que venimos defendiendo de deber jurídico (pero a la vez moral) para la ejemplaridad de las sociedades: no se trataría de un deber jurídico con posibilidad de cumplimiento coactivo, sino de un deber jurídico que encaja mejor en la idea de *vis directiva* que en la de *vis coactiva*³⁹⁴. Al fin y al cabo, no debe ponerse la carga del problema en si existe o no coactividad, pues precisamente quienes se centran en exceso en el problema de la coacción son quienes niegan la existencia de los deberes jurídicos, negación que es “contraria

³⁹³ El patronazgo según el Diccionario de la lengua española es la función de “defensa, protección o amparo” que puede desempeñar una persona sobre otra o sobre una entidad. La determinación de los contornos jurídicos de la función la podemos hacer a partir de otros patronazgos que se contemplan en nuestro Derecho. Entre ellos, habría que mencionar como caso más conocido al caso de los patronos de las fundaciones, a quienes corresponde velar por el cumplimiento del fin fundacional. El Art. 15. 2 de la Ley 50/2002 de fundaciones dice que “Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación”.

El papel fiscalizador que para los mismos parece establecer la ley de fundaciones, hace que tal vez la figura del patrono de las fundaciones se aparte un poco del patronazgo consuetudinario sobre personas como complemento de la misión de los padres que solemos atribuir a los padrinos.

Más próxima estaría la función de patronazgo que aparece en nuestro Derecho, en el Art. 62 de la Constitución, en la cual se determina el alto patronazgo del Rey sobre las Reales Academias. Al respecto, cfr. PAU PEDRON, A. *Las reales academias en el sistema jurídico español*. Cuadernos de Derecho Registral. Fundación registral, Madrid 2009. En especial Págs. 101 a 111.

Dicho patronazgo obliga personalmente al monarca a un “compromiso de entrega” (Expresión habitual en los discursos dirigidos a las Reales Academias, y que de algún modo contribuye a fijar “en lo posible el contenido de la función” (PAU, *Ob. Cit.* Pág. 104). Este compromiso se realizaría, a decir de PAU, en tres bloques de actos, cuales son los que corresponden a su competencia constitucional (Art. 62 y 63 de la Constitución), a su función sobre su casa (Art. 65) o a sus actos personales y privados (habiendo noticia de que el Rey ha llegado a donar dinero personalmente a favor de ciertas instituciones académicas PAU, *Ob. Cit.* Pág. 104).

³⁹⁴ Lo cual encaja a la perfección con el hecho, reseñado, de que el origen jurídico de la figura (de incuestionable relevancia civil consuetudinaria) esté en el Derecho canónico, cuyo concepto jurídico de deber dista del de coacción y no siempre coincide con la intersubjetividad, como vimos al reseñarlo como ejemplo en el apartado de Filosofía del Derecho y al tratar de la costumbre en el Derecho canónico.

a la conciencia jurídica del pueblo” y “deja reducido el Derecho a un aparato coactivo, apoyado y justificado en nada” (DE CASTRO³⁹⁵).

En todo caso, aun cuando apreciásemos la existencia de un deber jurídico, el mismo sería de complicada ubicación en una relación obligatoria entre el ente cuya conducta se espera, y las personas que esperan esa conducta. Si, por falta de esa relatividad (al no existir vínculo entre, por ejemplo, una entidad y sus todavía potenciales consumidores³⁹⁶), no pudiésemos defender propiamente deber alguno jurídico frente a los consumidores, si cabría defender el deber moral y la eficacia refleja del deber jurídico, o un deber jurídico general.

Respecto del primero, diremos que, por tanto, cuando alguien cumple un deber estrictamente jurídico (pensemos por ejemplo en exigir la abstención de trabajo infantil a los proveedores o ciertos compromisos ambientales), se producen a la vez consecuencias positivas de orden moral. Entre ellas, el cumplimiento de deberes morales, como el que ponemos por ejemplo, no sólo frente a sus co-contratantes, sino frente a toda la sociedad. La norma jurídica y la moral, actúan así en determinados supuestos en la misma dirección, lo cual es una muestra más de la unidad de orden moral (que es la posición que suelen defender hoy en día los filósofos del Derecho).

Por otro lado, no podemos olvidar que, como señala la doctrina al respecto del deber jurídico, el cumplimiento del mismo suele producir efectos positivos o beneficios en personas que, no obstante, no pueden exigir su cumplimiento. Así, por ejemplo, si hablásemos de deberes impuestos por una

³⁹⁵ *Ob. Cit.* Pág. 523.

³⁹⁶ O ser potencialmente el ilimitado el número de los acreedores, como señala ILLESCAS, según hemos recogido al abordar el problema de la relatividad.

norma cuyo cumplimiento coactivo sólo puede lograr el Estado, los potenciales beneficiados del cumplimiento del deber no tienen la condición de acreedores del mismo, pero sí de beneficiados o perjudicados. Existen en dichos casos lo que la doctrina llama efecto reflejo de las normas y de los deberes. El cumplimiento de CDCs, aun cuando no sea un deber jurídico respecto de toda la sociedad (o al menos, respecto de aquella parte de la misma, como son los potenciales consumidores, a quienes va dirigida), sí es un efecto reflejo en dicho sentido.

Finalmente, no podemos prescindir de la categoría del deber en un sentido más general. Deber general que es defendido precisamente por quienes más defienden la categoría del deber jurídico, y negado por quienes la niegan, los cuales sólo parecen admitir un deber en la medida en que se trate de un deber correlativo de un derecho subjetivo³⁹⁷. Una relatividad que no siempre se dará, pero que no niega el deber como tal. Si así fuese, no tendrían sentido alguno los CDCs.

5.4 La autonomía privada y los CDCs.

Junto a las categorías esenciales del Derecho vistas, no podemos prescindir de la importancia de la autonomía privada, regla general desde la cual se ha de mirar también el fenómeno autorregulatorio. Aunque lo llevamos haciendo todo el tiempo, vale la pena considerar algunos aspectos desde las nociones generales que nos pueden clarificar un poco más.

³⁹⁷ Según señala DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 523, refiriéndose a WINDSCHEID, GIERKE o IVREA.

Como ha destacado la mejor doctrina, los particulares *per se* satisfacen sus necesidades, hasta el punto de crear los medios para la satisfacción de las mismas: “autorregulación de intereses propios” es la expresión de BETTI³⁹⁸. Lo pactado se considera ley por los particulares, y el Derecho viene a sancionar dicha valoración y los deberes que la misma crea (cfr. Art. 1091 CC). Esta sanción es reconocimiento de la persona y el desenvolvimiento de su vida. Al mismo tiempo, ha de tener justificación desde el punto de vista de la comunidad: si se va a solicitar la intervención de la maquinaria coactiva del Estado, no estamos únicamente ante intereses particulares, sino que se debe ponderar el bien común como criterio de valoración determinante para saber cómo y cuándo debe intervenir el Estado³⁹⁹.

El Derecho, por tanto, responde a los frutos que da la autonomía privada reconociendo sanción jurídico- coactiva a los efectos de las mismas, pero siempre dentro de un criterio justificador de comunidad. Esto hace que los valores morales se hayan entrecruzado desde siempre a la hora de determinar qué se sanciona, por qué, dentro de qué límites...la propia redacción del Art. 1255 CC responde a esto. Cuando el precepto dice “*la moral o el orden público*”, marca un límite, señalando la doctrina que siempre se ha limitado (frente a sus

³⁹⁸ Ob. Cit. Pág. 43.

³⁹⁹ Al respecto señala DE CASTRO que “el reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana; por eso es inadmisibles considerarla como simple ocasión para que actúe la maquinaria del Estado (concepción normativista). También es inexacto decir que se trata de algo que, como de cosas suyas, solo a los interesados importa, por lo que se le ha de negar toda justificación a las normas imperativas que la limiten (concepción individualista); porque, si se solicita la intervención resolutoria del Estado, con el despliegue de todas sus fuerzas (jueces, funcionarios de la administración, agentes ejecutivos, policía), dicha intervención habrá de tener su propia justificación, y esta habrá de ser valorada desde el punto de vista de la comunidad (criterio del bien común)” (*El negocio jurídico*. Civitas, Madrid 1985 (reproducción facsimilar de la edición del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971), Pág. 16.

extensiones tendentes al abuso) la autonomía por consideraciones morales y sociales⁴⁰⁰.

Ahora bien, así como se reconoce a la autonomía privada el poder creador de relaciones, no le reconoce el poder creador de normas⁴⁰¹: cierto es que el contrato es norma *inter partes* (Art. 1090, 1257CC), pero no lo es menos que entre ellas hay una relación jurídica normada por dicho contrato. No hay, por tanto, una norma de toda la comunidad.

Por tanto, el principio de autonomía privada reconoce poder de autorregulación de relaciones, dentro de ciertos límites y permitiendo únicamente el establecimiento de relaciones, no de normas. Considerados estos elementos, los CDCs plantean un nuevo problema, pues

1º A veces sobrepasan⁴⁰² el ámbito de la autonomía privada⁴⁰³.

2º No siempre se sabe si se ha querido crear propiamente una relación obligatoria, pues se da una norma sin encajar la misma en un contrato que sirve

⁴⁰⁰Así señala DE CASTRO que “se daría una idea inexacta del significado de la autonomía privada, si no se advirtiera que las tendencias...que la han forzado hasta el abuso, se han visto siempre limitadas o contenidas por consideraciones de orden moral y social. Algunas figuras nacidas al amparo de los principios de justicia o equidad han desaparecido o están en decadencia (justo precio, rescisión por lesión, grave desigualdad social), pero otras se han potenciado o han renacido y con creciente energía en los últimos años (potenciación de la buena fe, condena del fraude y del abuso del derecho, responsabilidad objetiva y por actos propios, “clausula rebus sic stantibus”, equivalencia de prestaciones, motivos incorporados a la causa, presunciones de abandono del derecho).” (*El negocio....Ob. Cit.* Pág. 16).

⁴⁰¹ Como señala BETTI, *Ob. Cit.* Pág. 47.

⁴⁰² Así lo destaca DE LA CUESTA, J.M^a. “La autorregulación como regulación jurídica”. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010. Pág. 49.

⁴⁰³ Lo cual conecta con la problemática del control de legalidad, vid. Capítulo 7.

de fuente a la misma, y sin que esté claro que nos encontremos ante una declaración unilateral⁴⁰⁴.

3º El problema, en el fondo, es que se está pretendiendo generar normas cuando lo que la ley le reconoce a la autonomía privada en realidad es únicamente la generación de relaciones jurídicas. Así, la Sentencia de 24 de Mayo de 2004 de la Audiencia de Madrid⁴⁰⁵, en la que se declara que el Jurado de Autocontrol de la Publicidad no es quien para calificar la publicidad emitida por una entidad que no se ha adherido al sector en cuestión⁴⁰⁶, lo cual sitúa por tanto el problema en el estricto ámbito de la autonomía privada, pero sin posibilidad de que quienes no han intervenido en el acuerdo adoptado queden vinculados por él⁴⁰⁷.

Finalmente, desde otro ángulo, cabría destacar que los CDCs vienen a constituir un intento intermedio de solucionar por vía voluntaria lo que no se atreve el poder a imponer (por las consecuencias que tiene desde un punto de vista espacial –las empresas se pueden ir a otro país-). Ese freno de los valores morales y sociales a la autonomía de la voluntad que hemos destacado limita la misma, actuaba tradicionalmente mediante la imposición de límites legales o bien mediante la apreciación de abusos o de las exigencias de la buena a la hora

⁴⁰⁴ Nos remitimos en este punto al capítulo 4.

⁴⁰⁵ Como recuerda SORO “el órgano jurisdiccional recuerda a Autocontrol que el poder de regulación, mediación y resolución de conflictos en materia publicitaria -calificada legalmente “de libre disposición”- le es conferido única y exclusivamente por el consentimiento de sus miembros en ejercicio de su autonomía privada” (SORO RUSELL, “Veinte años ...”. *Ob. Cit.* Pág. 42).

⁴⁰⁶ JUR 2004/227317.

⁴⁰⁷ El consentimiento es lo determinante de la obligación,. Ver al respecto el final del capítulo 4. Los códigos supra-empresariales, no contemplando la ley otra cosa, “sólo desplegarán sus efectos o serán jurídicamente vinculantes respecto de aquellos sujetos que voluntariamente lo hayan suscrito” (SORO RUSELL. “Veinte años...”. *Ob. Cit.* Pág. 42).

de exigir el cumplimiento. En la actualidad se pretende una menor intervención del Estado. Pero como la comunidad no se puede permitir una total autonomía de la moral para poder funcionar como sociedad (república), se intenta suplir la reducción de límites fomentando que los mismos entren en juego a través de la autorregulación (lo cual abre también un campo de actuación al control de legalidad, pues una cosa es no querer imponer y otra que, si se autorregula y la autorregulación va a surtir efectos, es necesario, como en los contratos, asegurarse de que los mismos son plenamente legales y sometidos a los límites del Art. 1255 CC).

5.5 Códigos de conducta: ¿Derecho público o Derecho privado?

Una de las clasificaciones más básicas con las que trabaja el Derecho, y que conviene profundizar desde la óptica de los CDCs, es la clasificación que se suele establecer entre Derecho público y Derecho privado. Dicha clasificación es discutida⁴⁰⁸, aunque con efectos prácticos⁴⁰⁹, y la discusión parece no tener fin, habiéndose extendido incluso al Derecho registral en época reciente⁴¹⁰. Sin embargo, suele ser utilizada por los juristas y ayuda a comprender los diferentes tipos de normas y el lugar que las mismas deben ocupar en la jerarquía normativa.

⁴⁰⁸ Un tratamiento extenso del problema de cara al estudio del Derecho Civil es el que se lleva a cabo en el Derecho civil de España del Profesor de Castro. Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. de - *Derecho civil de España*. Civitas. Madrid, 1984. Págs. 66 a 100.

⁴⁰⁹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. de - *Derecho civil de España. Ob. Cit.* Pág. 96.

⁴¹⁰ Además de las célebres consideraciones sobre el posible carácter público de parte del Derecho civil (lo cual dejaría a este sin ser ese Derecho privado general, que es como se suele estudiar), doctrina reciente considera público, por ejemplo, al Derecho Hipotecario, que siempre se había considerado parte del Derecho civil. Cfr. MARTÍNEZ, F. *El sistema español de Registro inmobiliario (I)*. Civitas. Cizur menor 2012. Pág. 16 a 18.

Si recurrimos al criterio tradicional de determinar que el Derecho es público o privado en función del interés al que sirve la norma⁴¹¹, sería complicado ubicar en la clasificación los CDCs cuando los mismos son Derecho. En efecto, aun cuando nacen por interés privado y en el ámbito de las relaciones *inter privatos*, es evidente que constituyen reglas de conducta cuyo resultado tiene un incalculable interés público por sus efectos reflejos (como hemos destacado antes). Ello las convertiría en normas de interés general. Sin embargo, el hecho de que el sujeto activo legitimado para exigir su cumplimiento no sea normalmente el Estado revestido de *imperium*⁴¹², hace dudoso que nos encontremos propiamente ante normas de Derecho público. Con todo, si seguimos la idea según la cual serían normas de Derecho público aquellas en las que “se atiende con preferencia a la comunidad” (DE CASTRO⁴¹³) sobre la personalidad, el carácter público sería indiscutible.

Desde otro ángulo que nos puede resultar mucho más clarificador, se ha dicho que la determinación de cuando una norma es de Derecho público o privado puede hacerse en base a su fuente de producción: si la norma es creada por el Estado, sería Derecho público; si la norma la crean los particulares para

⁴¹¹ Criterio con acierto criticado, pues a la postre todas las normas sirven a un interés general.

⁴¹² Debemos recordar que el sujeto tampoco es determinante, sino si el mismo interviene o no investido de “imperium”. Cfr. DE CASTRO, F. DE. *Compendio de Derecho civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid 1964, Pág. 22.

⁴¹³ Señala don Federico que “El Derecho cumple su función en dos direcciones fundamentales: 1º para que la persona realice sus fines (sustantivos), lo que presupone (como ser social) la organización y conservación de la comunidad; 2º para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad jurídica) que haga respetar y proteja a la persona. Lo que también puede expresarse diciendo que en el Derecho actúan dos principios: el de personalidad y el de comunidad. Ambos están dirigidos al mismo fin (realización de la justicia) y han de estar presentes en cada norma y en cada institución. Más como el Derecho se refiere a distintas realidades, para ajustarse a la naturaleza de cada una, las distintas normas habrán de reconocer primacía a uno u otro principio. DE CASTRO, F. *Compendio de Derecho civil*, Ob. Cit. Pág. 25.

regir sus relaciones⁴¹⁴, es Derecho privado. Así lo afirma KELSEN en su teoría pura diferenciando la orden administrativa del negocio jurídico⁴¹⁵.

Con éste criterio, si miramos a los CDCs, es evidente que cuando los mismos nacen en las relaciones entre particulares, son Derecho privado. Ese es su ámbito, y a él deben ceñirse⁴¹⁶, aunque a veces no lo hayan hecho. Dicho ámbito determina además su eficacia: por ello no pueden obligar a quien no intervino en la adopción de los mismos.

Sin embargo, existen muchos casos en los que los CDCs no son creados por los particulares, sino que son promovidos por los poderes públicos⁴¹⁷. En estos casos, si consideramos que dicha regulación sobrepasa la mera labor de fomento y pasa a ser Derecho, es evidente que el mismo sería público si atendemos a la fuente de creación del mismo.

⁴¹⁴ Como hemos visto al tratar de la autonomía privada, los particulares no crean normas sino dentro de los contornos del Derecho dispositivo. Es evidentemente a eso a lo que se refiere KELSEN. Por otra parte, la diferenciación entre Derecho y meros usos se suele hacer también en atención del sujeto creador, señalándose que Derecho solo es la norma si procede del Estado (RODRIGUEZ MOLINERO, M. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Librería Cervantes, Salamanca 1999. Pág. 67).

⁴¹⁵ “Ejemplo típico de la relación jurídico- pública es la orden administrativa, que es una norma individual dictada por un órgano administrativo por medio de la cual se obliga jurídicamente al destinatario de la norma a una conducta acorde con dicha norma. Por otro lado, está el negocio jurídico como relación típicamente jurídico- privada, especialmente el contrato, o sea, la norma individual creada contractualmente por medio de la cual los contratantes quedan jurídicamente obligados a una conducta recíproca. Mientras que en este último supuesto los obligados participan en la creación de la norma que les obliga, y en eso consiste precisamente la esencia de la creación jurídica contractual, en el caso de al orden administrativa de derecho público el sujeto obligado no participa en absoluto en la creación de la norma que le obliga” (KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho* (primera edición de 1934). Editorial Trotta. Madrid 2011. Pág. 115).

⁴¹⁶ Lo cual plantea el problema de qué pasa cuando sobrepasan ese ámbito sin legitimidad, lo cual hace aconsejable el indicado control de legalidad.

⁴¹⁷ Incluso la propia ley contempla que el origen de los mismos sea público o privado alternativamente. El Art. 12 LOPD comienza diciendo que “*Mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa*⁴¹⁷, los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupen, podrán formular códigos tipo”. Se contemplan por tanto la creación privada (ya sea unilateral por decisión de empresa, ya plurilateral, por convenios) como la creación administrativa.

¿Qué decir de aquellos casos de leyes que llaman a CDCs redactados por los particulares? En dichos casos, cuando la ley ha optado por dar algún valor⁴¹⁸ a los CDCs de redacción y eficacia particular, es evidente que los mismos no perderían su condición de Derecho privado según este criterio, aunque si valorando que predomina el principio de comunidad.

Si tuviésemos que establecer algún tipo de conclusión (lo cual es difícil por la gran cantidad de criterios diferentes y la gran variedad de códigos existentes) diríamos que los CDC normalmente, en el fenómeno químicamente puro de autorregulación (entiendo por tal la que se da entre particulares para atender al interés de las mismas, con una primacía en consecuencia del principio de personalidad sobre el de comunidad, y una promoción del código por los propios particulares), son Derecho privado atendiendo a su forma de creación (KELSEN) y al predominio en los mismos del principio de personalidad sobre el de comunidad (DE CASTRO). No obstante, hay casos en los que normas que no son creadas por los particulares imponen deberes de conducta llamados a ser cumplidos voluntariamente como si de una obligación sujeta al Derecho privado se tratase⁴¹⁹. En dichos casos, hay que pensar que estamos ante una norma de Derecho público, de acuerdo al criterio de KELSEN de las fuentes de producción. Ello sería clarísimo en el caso de las reglas de conducta que son ley dirigida a los funcionarios (cfr. Artt. 52 al 54 de la Ley 7/2007⁴²⁰), pero también las que son ley dirigida a los particulares, en la

⁴¹⁸ Valor que, como se ha visto en el capítulo correspondientes al efecto vinculante de los CDCs no es, a día de hoy, el valor de una obligación jurídica en ninguna de las leyes estudiadas.

⁴¹⁹ Aunque normalmente sin ser obligación jurídica, ni por ley ni por las demás fuentes de las obligaciones.

⁴²⁰ Al respecto, ver capítulo 2.

medida en que no depende de los mismos la eficacia de las normas. Dependiendo de los mismos la creación de un CDC al que la ley llama, el carácter privatista no parece que se rompa. Tal es el caso del código de buenas prácticas de las entidades de crédito introducido por el Real Decreto- Ley 6/2012 que se estudia en la parte final.

5.6 Los códigos de conducta en relación al espacio: la autorregulación en el Derecho Global

El Derecho según lo entendemos en la actualidad, procede del Estado como sujeto principal. Fruto de la colaboración de Estados surge el Derecho internacional. Este está constituido sobre la base de la igualdad entre los Estados, y sobre la idea de soberanía como concepto principal a tener en cuenta, estudiándose las relaciones jurídicas entre Estados.

En una realidad global en la que cada Estado es soberano, se producen sin embargo muchas situaciones susceptibles de regulación en un ámbito mucho más amplio que el de los Estados soberanos. Por ejemplo, un comprador de París puede estar adquiriendo un producto fabricado por una multinacional española, pero que lo fabrica en algún país emergente. El comprador parisino tal vez demande de la entidad prestadora del servicio un comportamiento concreto en atención a personas intervinientes en el proceso (por ejemplo, determinadas exigencias de dignidad de los trabajadores). Dicho comportamiento por parte de la multinacional textil no forma sin embargo parte del contrato y de las prestaciones a que está obligado en la relación que mantiene con su cliente parisino. En su caso, formará parte de la relación jurídica que mantenga una empresa proveedora de la multinacional con sus

trabajadores, lo cual será un contrato de trabajo sometido al Derecho del país emergente en cuestión. Si la sociedad acreedora quiere exigir la garantía de respeto a los trabajadores podría incluirlo como una cláusula, a lo sumo, en el contrato que le vincule con la proveedora⁴²¹. Sin embargo, dicha cláusula no formará parte del contrato que le vincula con el comprador en París, aunque a éste le pueda interesar. Seguramente determinadas condiciones de dignidad de los trabajadores según el concepto que de la misma tenga el comprador francés, no serán sin embargo exigibles según la legislación del país del “tercer mundo” donde se fabrica el producto que el o ella compran en Francia.

En tal situación, si la multinacional quiere garantizar determinado respeto a la dignidad o a los derechos de los trabajadores al consumidor, ¿Cómo podrá hacerlo? Es evidente que no mediante la introducción de cláusulas en el contrato de venta, pues excede del mismo. La situación tampoco puede ser solucionada por el Estado francés, que carece de soberanía sobre el territorio donde se fabrica el producto en cuestión. El Estado soberano sobre el lugar de fabricación seguramente tampoco lo va a solucionar, en tanto no se den ciertas condiciones políticas (imaginemos que no se dan). ¿Qué hacer entonces?, ¿Cómo suscitar en el comprador parisino la confianza en la conducta de la multinacional? Seguramente mediante un compromiso escrito, compromiso que, a falta de Ley y contrato, sólo puede materializarse⁴²² a través de un instrumento de autorregulación. Instrumento que en tanto no dado por el

⁴²¹ EL CDC de INDITEX por ejemplo, señala que “Todos los proveedores que trabajen con Inditex deberán comprometerse a respetar los derechos humanos y laborales de todos los empleados contratados, así como a involucrar y transmitir estos principios a sus socios de negocio” (4.6.- Cfr. <http://www.inditex.com/documents/10279/88163/Codigo-de-conducta-y-practicas-responsables.pdf/79fc6e30-b94e-435a-957c-4e5b20f7f65d>)

⁴²² En el sentido de concretarse, haciéndose visible. Al respecto ver el apartado dedicado a la estética en el capítulo relativo a la Filosofía del Derecho subyacente.

Estado no será obligatorio en el sentido jurídico- coactivo en todo el espacio al que se extiende la empresa en cuestión, pero si que puede generar un deber jurídico (exigible, eso si, por vías diferentes a la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones legales⁴²³).

El ejemplo de problema (haz de relaciones jurídicas en diferentes ámbitos territoriales sujetos a soberanías diferentes) y la solución que hemos propuesto (autorregulación), muestran la importancia que puede cobrar la autorregulación en el Derecho global. Una importancia que es destacada por la doctrina, señalando la estrechez de los Derechos nacional e internacional e incluso del mismo Derecho (en tanto *hard law*) para los retos de la globalización⁴²⁴.

Por ciertos autores se apunta ya a la necesidad de superar el Derecho internacional, excesivamente centrado en la idea de soberanía, por un verdadero Derecho global que cuente con la persona (y no tanto con el Estado) como sujeto fundamental⁴²⁵. En tanto subsista la soberanía y no llegue a implantarse un Derecho global con un parlamento global capaz de aprobar normas para todos, como pretende esta doctrina⁴²⁶, los instrumentos de autorregulación permiten

⁴²³ Como puede ser, fundamentalmente, no contratar.

⁴²⁴ Compartimos pues la afirmación de GARCÍA RUBIO analizando el problema cuando dice que “Al mundo globalizado le quedan estrechos los trajes del Derecho nacional, en incluso del Derecho internacional considerado como *hard law*, no sólo por su limitado alcance territorial, sino también por su rigidez”. Y cuando observa, respecto de los CDCs elaborados en el ámbito de la responsabilidad social empresarial, que “su ámbito de aplicación territorial coincide con el de la empresa que los utiliza, la cual es muchas veces una empresa multinacional; ello supone la desterritorialización de este tipo de reglas que se sitúan al margen del clásico Derecho nacional e internacional” (GARCIA RUBIO, M.P. “La responsabilidad...”. *Ob. Cit.* Pág. 6).

⁴²⁵ DOMINGO OSLÉ, R. *¿Qué es el Derecho global?* Thomson- Aranzadi. Cizur menor, 2008. Págs. 158 a 163.

⁴²⁶ DOMINGO OSLÉ, R. *¿Qué es el Derecho global?* Págs. 105 y ss.

la existencia de unas normas comunes susceptibles de ser seguidas en todo el mundo.

Normas que son de gran utilidad, no sólo por la limitación espacial del Derecho según existe, sino también por su rigidez. Y es que debemos valorar que, incluso si existiese un Derecho global en el que llegase a haber normas constitucionales (que atribuyesen competencia legislativa a ciertos órganos), los principios rectores de dicho Derecho global conducirían a la existencia de autorregulación.

En efecto, si partimos de los principios rectores del Derecho global propuestos por DOMINGO OSLÉ, la autorregulación sería el instrumento más efectivo. Aun existiendo una autoridad mundial en ciertas materias, la aprobación de normas sería lenta y complicada porque el Derecho global habría de estar regido por la regla *quod omnes tangit ab ómnibus approbetur*⁴²⁷. La autorregulación, en cambio, goza de una mayor agilidad consecuencia de la reducción del número de sujetos a quienes puede afectar.

Por otra parte, aun existiendo una norma objetiva global, la misma sería limitada en cuanto a su objeto, y tendría ciertos límites derivados de los principios de coerción (debe haber un “equilibrio entre la autoridad de la razón y la fuerza de la coerción”⁴²⁸), subsidiariedad⁴²⁹ (es necesario que el Derecho

⁴²⁷ DOMINGO OSLÉ, R. *¿Qué es el Derecho global?* Págs. 169 y ss.

⁴²⁸ DOMINGO OSLÉ, R. *¿Qué es el Derecho global?* Pág. 195.

⁴²⁹ Principio de gran importancia en el Derecho comunitario Europeo, Cfr. Art. 3 ter del Tratado de Lisboa.

global reconozca el “autogobierno de los colectivos”⁴³⁰) y horizontalidad (que exige que se construya desde el diálogo y sólo se intervenga de forma coactiva cuando sea imprescindible⁴³¹). En tanto no se trate de una materia susceptible de imposición forzosa en norma global, la autorregulación tendría un papel muy importante. Papel que le daría un juego a al hora de desarrollar el Derecho global, aun existiendo norma objetiva, por la importancia que tiene la autorregulación de por si al potenciar el desenvolvimiento de las leyes de acuerdo a su espíritu, y más allá de lo estrictamente exigido por la norma en su letra⁴³².

5.7 *Potestas, auctoritas y códigos de conducta*

En Roma, a la hora de explicar el poder, fueron esenciales tanto el concepto de *potestas* (poder, potestad, capacidad de someter a otro a mi dominio o de lograr una determinada conducta de su parte) como el de *auctoritas* (autoridad, saber, capacidad de que otro me reconozca como la persona autorizada para dictaminar sobre una determinada situación). Ambos concurrían en la determinación de quien ostentaba la competencia para dictar normas.

“La fórmula *Senatus Populusque Romanus* esencializa la llamada constitución mixta republicana, basada en una genial interrelación entre la autoridad del Senado (*auctoritas patrum*) y la *maiestas* Populi, que se concretaba en la *potestas* de los magistrados” (DOMINGO OSLÉ⁴³³).

⁴³⁰ DOMINGO OSLÉ, R. *¿Qué es el Derecho global?* Pág. 208.

⁴³¹ DOMINGO OSLÉ, R. *¿Qué es el Derecho global?* Pág. 209.

⁴³² Como se ha estudiado al analizar el problema en las fuentes del Derecho.

⁴³³ DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*. Ariel, 1999. Pág. 17.

La distinción entre *potestas* y *auctoritas* tuvo también una gran importancia en a la hora de determinar las fuentes del Derecho: se diferenciaba *lex* de *ius*. El *ius* era el Derecho, obra de los juristas con autoridad (*auctoritas prudentium*). La ley, potestad de los magistrados. La primera fuente del Derecho romano arcaico fueron las *mores maiorum*, que eran producto de autoridad⁴³⁴.

Ambos conceptos aparecen también en el Derecho privado. Así, una de las funciones principales del tutor era la *auctoritatis interpositio*⁴³⁵. El tutor tenía *potestas* y tenía *auctoritas*. En las funciones familiares, suelen destacar los romanistas que *auctoritas* y *potestas* se daban conjuntamente en padres y tutores, aunque a veces con ámbitos diferentes: por ejemplo, el matrimonio de los hijos requería de la *auctoritas* del padre, una autorización que era requisito complementario, pues el matrimonio como acto jurídico era de quien lo contraía y no de su padre⁴³⁶, siendo la autorización un mero requisito de plenitud.

Partiendo de la figura romana de la *auctoritas*, D'ORS diferenció la *auctoritas* como “saber socialmente reconocido” de la *potestas* como “poder

⁴³⁴ “Los *mores maoirum* –primera fuente del derecho romano arcaico- eran producto de la autoridad, pues se fundamentaban en al tradición práctica de los antepasados, que, como tales, no tenían poder, sino un saber socialmente reconocido” (DOMINGO OSLÉ *Auctoritas*, *Ob. Cit.* Pág. 29).

⁴³⁵ IGLESIAS, J. *Derecho romano*. Libro IV, Cap. III, 138, III (Ariel, Barcelona, varias ediciones).

⁴³⁶ Cfr. DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*. *Ob. Cit.* Pág. 34., y las referencias que se citan de PAULO, ULPIANO y PAPINIANO.

socialmente reconocido”⁴³⁷. La *auctoritas* “para D`ORS no es un tipo de poder, sino que esta tiene una naturaleza distinta”⁴³⁸.

La distinción se considera de gran importancia, señalándose que es el reconocimiento social el que hace a una y otra. El reconocimiento social de la autoridad es funcional o personal; el de la potestad siempre es funcional y puede ser público (administrativo o legislativo) o no público⁴³⁹. Por otro lado, se considera que la autoridad marca el límite de la potestad al señalar lo que está autorizado y lo que no. Límite no tanto como freno sino como frontera: no es una valla, sino una raya⁴⁴⁰. Poderse, se puede sobrepasar, pero ello resta reconocimiento y por tanto, desautoriza.

Si tomamos la distinción orsiana de *potestas* y *auctoritas*, podríamos decir que, en una relación jurídico privada, la parte que ostenta el derecho subjetivo o posición activa tiene un poder, una *potestas*. Ese derecho subjetivo nace de un consentimiento en el que un deudor (sea consumidor, sea una entidad proveedora) ha consentido en obligarse y en conceder una cierta potestad a la parte acreedora. La razón por la cual dicha concesión fue a favor de esa parte acreedora y no de otra, no se basa en la práctica únicamente en las prestaciones, en la lógica del mercado o en la justicia conmutativa, sino que suele tener también presentes los valores. No se basa sólo en lo que la parte acreedora (que normalmente será deudora de una prestación, dado el papel de

⁴³⁷ D`ORS, A. *Derecho privado romano*. EUNSA, Pamplona 2006. Pág. 42.

⁴³⁸ DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*, *Ob. Cit.* Pág. 50.

⁴³⁹ DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*, *Ob. Cit.* Pág. 72.

⁴⁴⁰ DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*, *Ob. Cit.* Pág. 94.

la autorregulación en las relaciones sinalagmáticas de larga duración) tenga cierto poder o pueda ofrecer ciertas cosas, sino que también se tienen en cuenta factores no conmutativos. No se mira sólo por *lo que se puede* frente al obligado, o por lo que el obligado puede proporcionarme, sino que también se atiende a *lo que se sabe* del obligado (sea persona física o jurídica), de modo que el obligado, para poder y que contra él puedan, necesita un reconocimiento basado en el saber. Un reconocimiento que normalmente es personal (aunque podría ser funcional, pero siempre basado en lo que las personas reclaman) y que permitirá gozar de una “autorización” con arreglo a cierto saber (ciertos valores) sobre lo que se puede.

El papel de la autorregulación, sería crear ese clima de confianza, y procurar suscitar un saber sobre la conducta del obligado más allá de lo estrictamente obligatorio según vínculo contractual. Sería rodear de la *auctoritas* del consumidor o de la sociedad, la *potestas* que las partes mutuamente se conceden en las relaciones obligatorias.

Visto desde las fuentes del Derecho, los códigos de conducta procurarían ofrecer una expresión escrita de que se va a respetar, no sólo lo que es de un concreto derecho subjetivo, sino todo el Derecho objetivo. Procurarían clarificar que se va a tener presente no sólo la *lex*, sino todo el *ius*⁴⁴¹, incluido el no contenido en las leyes⁴⁴². No sólo lo que, en una obligación concreta determine el Juez, sino lo que sea conforme con la *auctoritas prudentium* de los *mores*

⁴⁴¹ Lo cual hace que la expresión de un compromiso de cumplir leyes vigentes no sea tan superfluo como cree el Art. 6 de la Directiva 2005/29/CE al caracterizarlo como práctica desleal. A veces, se pretende ofrecer un compromiso de ir más allá. Y cumplir ciertas leyes (y más en espacios donde no están vigentes), sobrepasa el ámbito de la obligación o del contrato, y tiene su sentido.

⁴⁴² Lo cual nos devuelve al problema filosófico abordado en el capítulo 2.

maiorum, lo cual conecta necesariamente con la doctrina de la ejemplaridad cuando esta afirma la necesidad de un republicanismo de mores⁴⁴³.

⁴⁴³ “el único programa republicano viable...sería un *republicanismo de mores*, es decir, uno que no ponga tanto el énfasis en la actuación estatal y en sus intervenciones coactivas en la vida moral de los ciudadanos como en la consolidación de aquellas costumbres que inducen a la virtud por persuasión y sin menoscabo de la libertad individual” (GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid 2009. Pág. 160).

6. Más allá de las fuentes de las obligaciones: los CDC no obligatorios jurídica sino moralmente

6.1.Una explicación filosófica

Considerado el punto de llegada del apartado anterior (aunque hay CDC obligatorios por su inserción en las fuentes de las obligaciones, hay muchos que no son obligatorios en sentido jurídico- coactivo ni lo pretenden, pero tampoco niegan que haya algún tipo de obligatoriedad), la comprensión completa del fenómeno requiere una profundización filosófica que nos permitirá una visión más clara a la hora de, en la segunda parte, analizar la juego de los códigos de conducta en el ámbito del mercado inmobiliario.

6.1.1 La autorregulación respecto del positivismo kelseniano

Aun cuando las cuestiones filosóficas nunca terminan de ser pacíficas⁴⁴⁴ y se suele hablar por los filósofos de un constante retorno al Derecho Natural, lo cierto es que con carácter general, la Filosofía que (consciente o inconscientemente) informa hoy las leyes y a la inmensa mayoría de la doctrina, parte de la base de que Ley vinculante sólo es la Ley positiva, no así el Derecho Natural, que como mucho informaría (y sobre el papel más o menos amplio que haya de jugar el Derecho Natural, y sobre qué sea éste, han corrido ríos de tinta).

En ésta Filosofía del Derecho juega un papel muy importante la idea de jerarquía normativa, considerándose por la teoría pura del Derecho de Kelsen

⁴⁴⁴ Basta un repaso a “la situación actual” en uno de los más recientes manuales: ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona 2012. Págs. 317 a 325.

(expresión del “positivismo jurídico más radical”⁴⁴⁵) que cada norma es sustentada por la norma superior⁴⁴⁶. Junto a esto, se entiende (en legítima herencia de las revoluciones liberales⁴⁴⁷) por ésta teoría del Derecho que existe una total autonomía moral de los individuos que impide al Estado imponerles comportamientos si no es en atención a la necesidad de mantener el orden público⁴⁴⁸. Consecuencia de ello, Derecho sería la norma coactiva sobre la conducta de alteridad de los individuos que se diferenciaría de la moral en que se impone coactivamente⁴⁴⁹.

Desde ésta mentalidad, el fenómeno autorregulatorio plantea no pocos problemas: no podremos admitir que exista una fuente normativa en la autorregulación sino en tanto seamos capaces de insertar el código de conducta en alguna de las fuentes de las obligaciones admitidas por el Derecho. Y ello porque Derecho, lo que se dice Derecho, no es para esta doctrina más que la norma capaz de imponerse coactivamente. A decir de KELSEN, la coacción es el hecho diferencial que nos permite hablar de Derecho. Si la norma no se impone coactivamente, no parece que sea Derecho.

⁴⁴⁵ FERNANDEZ, E. En PECES BARBA, G., DE ASIS ROIG, R., FERNANDEZ GARCÍA, E. *Curso de teoría del Derecho*. 2ª Edición. Marcial Pons, Madrid 2000. Pág. 70.

⁴⁴⁶ Cfr. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, Cap. IX. “La estructura jerárquica del orden jurídico”.

⁴⁴⁷ Se ha dicho que “la doctrina de la libertad de Stuart Mill encuentra su perfecto complemento en la teoría liberal del Derecho de Kelsen” (GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid 2009. Pág. 121).

⁴⁴⁸ Esto conecta con la idea de Weber de que la dominación legal- burocrática es ante todo racional desde una óptica técnico – formal, hondamente inspirada por la concepción kantiana de la relación entre el Estado y el Derecho. Cfr. GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad pública*, Ob. Cít. Págs. 116-118.

⁴⁴⁹ A decir de Kelsen, “el Derecho sólo puede ser distinguido de la moral cuando es concebido como un orden coactivo” (KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Cap. II).

El origen de ésta consideración procede remotamente del llamado “dualismo”⁴⁵⁰, radicado en Maquiavelo y Lutero, según el cual hay un ámbito de autonomía moral⁴⁵¹ del individuo al que no puede acceder el Derecho, a quien sólo le correspondería regular las conductas públicas, llegando en su caso a la coacción y uso de la fuerza.

En ésta concepción dualista y su teoría pura del Derecho el fenómeno autorregulatorio constituye todo un choque: no estamos ante unas normas de conducta que se impongan por la fuerza (al menos no en todos los casos) ni que se impongan siempre por el poder. Estamos ante normas de conducta (a veces elaboradas por el poder, a veces elaboradas por los particulares) reguladoras de la conducta (pública y privada), cuya inobservancia no siempre genera un deber exigible mediante la fuerza (que sería en el planteamiento kelseniano la única forma de deber jurídico). Según la teoría pura del Derecho, si no hay coacción (y sólo la puede haber en alguna de las fuentes de las obligaciones reconocidas), la autorregulación no sería Derecho.

6.1.2 La autorregulación y el iusnaturalismo tomista

La Filosofía imperante en los últimos tiempos no es, sin embargo, la única concepción que ha regido a lo largo de la historia, ni tampoco pacífica.

Junto a la misma, podemos considerar la teoría iusnaturalista, en especial la explicación sobre la obligatoriedad en conciencia de las normas, que se

⁴⁵⁰Vid. Explicación que, en orden a ensayar la idea de ejemplaridad, lleva a cabo GOMÁ LANZON, en *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit. Pág. 113 y ss.

⁴⁵¹ Clarificador de cómo se articula el dualismo respecto de la ética civil sería la diferenciación que desarrolla PECES BARBA entre “ética pública y ética privada” en PECES BARBA et al...*Ob Cit.* Págs. 83 a 90.

desprende de la Filosofía del Tomás de Aquino, según la cual las leyes obligan en conciencia por cuánto las mismas pretenden regular las conductas de las personas con arreglo a una moral. En la concepción tomista, las normas pretenden inducir la conducta virtuosa de las personas ordenada a la felicidad de las mismas⁴⁵². En éste planteamiento, se dice que los justos no necesitan ley pues son ley para si mismos, pero si se dan leyes y se permite que las mismas se impongan hasta lograr el comportamiento buscado de quienes desobedecen, es por la existencia de hombres imperfectos o, como asevera VIVES⁴⁵³ con mayor precisión, de conflictos⁴⁵⁴ entre ellos⁴⁵⁵. Más toda ésta intervención es ordenada al bien y de acuerdo con la razón⁴⁵⁶. Ello tiene como inmediata consecuencia, a decir de Francisco SUÁREZ, que el Derecho se caracteriza por una doble fuerza: por una parte, las normas obligan en conciencia⁴⁵⁷ en tanto que son justas (*vis directiva*); por otra, las normas obligan en tanto que pueden ser impuestas por

⁴⁵² Una exposición completa y reciente de “el problema del Derecho Natural” es la que hace MARTINEZ- SICLUNA SEPÚLVEDA, C. *Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho*. Colex. Madrid 2011. Págs. 328 a 332.

⁴⁵³ A quien cita CORTS GRAU a propósito de las relaciones entre Derecho y Moral, y para desarrollar la idea de que la regeneración jurídica requiere una constante regeneración ética (CORTS GRAU, J. *Curso de Derecho Natural*. 4ª Edición revisada. Editora Nacional, Madrid 1970, Pág. 280).

⁴⁵⁴ Los filósofos destacan que el grado de conflictividad- juridicidad es diferente en función del tipo de sociedad, pero que hay una conexión cierta entre Derecho y conflicto. Vid. ATIENZA, Ob. Cit. Págs. 37 a 40.

⁴⁵⁵ “Las leyes y derechos que en estado de naturaleza íntegra hubieran sido tan sólo maestros y guías para encaminarnos seguros por la concordia, ahora no pueden desentenderse de las discordias, y ya casi desesperan de aquella, considerándose muy satisfechos con poner ciertos frenos y trabas a esta discordia desenfrenada y rapaz” (VIVES, L. *De concordia et discordia in humano genere*; introducción de Valerio del Nero; traducción del latín y notas, Francisco Calero, María Luisa Arribas y Pilar Usábel. Ajuntament, Valencia 1997)

⁴⁵⁶ Tomás de Aquino, *Suma de teología*. Sección primera de la segunda parte (I-II), capítulo V. Cuestión 90, 1 y 2.

⁴⁵⁷ Cfr. *Suma de teología*. Sección primera de la segunda parte (I-II), capítulo V. Cuestión 96

la fuerza (*vis coactiva*)⁴⁵⁸. Ello explica que, aun sin necesidad de coacción, el Derecho se realice mediante la aplicación de la norma en todos aquellos casos en que no llega a ser necesaria la coacción. Y es que, como ha destacado recogiendo todas estas elaboraciones de la filosofía jurídica, la teoría de la ejemplaridad “sin duda, todo orden jurídico descansa en la confianza de su cumplimiento probable por la comunidad” (GOMÁ⁴⁵⁹).

Ésta doctrina es previa al dualismo contemporáneo, pero ha sido reivindicada con diferentes matices⁴⁶⁰ por varios autores en tiempos recientes. Lo fundamental de estas doctrinas es el análisis del problema desde la óptica de la validez y justificación del Derecho, lo cual está íntimamente relacionado con la obligatoriedad, y la tensión existente entre el Derecho y la Moral. Aunque no podemos decir (ni lo pretendemos), que los CDCs sean iusnaturalistas (cosa que podría pensarse perfectamente, como modo de vuelta del Derecho Natural en la parte en la que el positivo no lo recoge), lo cierto es que la doctrina iusnaturalista nos ayuda a comprender el fenómeno autorregulatorio si con ella consideramos que los sujetos llamados a someterse al Derecho adquieren un deber jurídico⁴⁶¹, deber que se sustenta en la bondad de la norma, en su obligatoriedad en conciencia y en la posibilidad de cumplimiento voluntario, más que en la posible coacción que en su caso haya de intervenir. Esa bondad de

⁴⁵⁸ “En la ley misma se distinguen dos efectos y consiguientemente como dos virtudes: una para obligar en conciencia, la cual se llama directiva, y otra para someter y obligar a la pena: y ésta se llama coactiva”. SUÁREZ, F. *Las leyes*. Instituto de estudios políticos, Madrid 1967. Trad. EGUILLOR, J.R. Pág. 79

⁴⁵⁹ GOMÁ LANZON, en *Ejemplaridad pública*, *Ob. Cit.* Pág. 156.

⁴⁶⁰ Los filósofos del Derecho señalan la existencia de diferentes tipos de iusnaturalistas, aun sin grandes consecuencias prácticas entre las diferencias de matiz (sobre la diferencia entre Derecho positivo y natural y “lo que queda” del problema, cfr. ATIENZA, M. *El sentido...Ob. Cit.* Págs. 104 a 124).

⁴⁶¹ En el capítulo 5 se profundizará en el tema del deber jurídico respecto de los CDCs.

la norma demanda una conexión entre la misma y la moral. Una conexión que está más clara en la doctrina iusnaturalista que en las tesis positivistas más radicales, pero que hoy en día no es ni mucho menos patrimonio exclusivo de los iusnaturalistas, pues es opinión más extendida que “sería inconcebible un Derecho que no asegurara lo que suele llamarse “un mínimo ético” (ATIENZA⁴⁶²). Y es que la polémica entre iusnaturalismo y positivismo ha ido disminuyendo con el tiempo y la doctrina más reciente considera que “quizás sea mejor abandonar esos rótulos” (ATIENZA⁴⁶³).

Con o sin ellos, el problema de fondo sigue siendo la cuestión de si la Moral es totalmente autónoma o penetra de algún modo en el Derecho, como desde diferentes teorías se reclama. El problema para una comprensión filosófica del fenómeno autorregulatorio, por tanto, estaría más en si consideramos que sigue vigente el dualismo moral.

6.1.3 La ruptura del dualismo

La dualidad público- privado, con una perfecta neutralidad moral por parte del legislador, ha planteado no pocos problemas que en la conciencia popular suelen resumirse en que hay cosas que serán legales pero no parecen justas, y que en la doctrina jurídica ha llevado a afirmaciones tan graves como que “un hombre puede ser un perfecto diablo y guardar exteriormente una conducta jurídica irreproachable” (CORTS)⁴⁶⁴.

⁴⁶² *Ob. Cit.* Pág. 104.

⁴⁶³ ATIENZA, M. *El sentido...Ob.Cit.* Pág. 124.

⁴⁶⁴ Expresión de LASSON citada por CORTS En su “Filosofía del Derecho”. CORTS GRAU, J. *Curso. Ob. Cit.* Pág. 280.

El dualismo pretendió una emancipación moral de los individuos⁴⁶⁵. Sin embargo, por autores recientes se ha señalado la necesidad de desarrollar, tras lo que podría considerarse un proceso liberatorio, un proceso civilizatorio en el que el ensanchamiento de la libertad no acarree necesariamente ausencia de virtud ni neutralidad respecto de las opciones morales⁴⁶⁶: no basta con que las personas sean libres para llevar a cabo todas las excentricidades que puedan fluir del subjetivismo, sino que la construcción de una democracia madura requiere de conductas ejemplares y comprometidas, aún cuando éstas no procedan del miedo a las posibles sanciones jurídicas⁴⁶⁷.

En éste contexto filosófico de cuestionamiento de la justicia de un sistema donde sólo es exigible lo legal- coactivo, aparece el fenómeno autorregulatorio.

Para comprender la importancia de la paradoja a la que lleva la teoría pura del Derecho, podemos, con GOMÁ, recurrir a su aplicación a algo tan básico y fundamental en el desarrollo del Derecho patrimonial como el cumplimiento de los contratos:

“La pregunta es aquí la siguiente: si una persona se obliga mediante contrato a realizar una prestación a otra, ¿tienen dicha persona del deber moral de hacer aquello para lo que se ha obligado, o se le ofrecen dos opciones, las dos igualmente lícitas y justas, a saber, cumplir lo prometido, o bien no cumplir y aceptar la sanción prevista para los supuestos de incumplimiento? En tanto el Derecho no obliga en conciencia sino por la fuerza y el temor, el ciudadano podrá, desoyendo todo escrúpulo, calcular cuál de las dos soluciones le conviene

⁴⁶⁵ Cfr. GOMÁ LANZÓN en “Ejemplaridad y fe pública”, apartado 3. *El Notario del siglo XXI*. Número 11, Febrero de 2007. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-11/academia-matritense-del-notariado/2602-ejemplaridad-y-fe-publica-texto-integro-o-41563122385705936>. Descargado el 13 de Mayo de 2014.

⁴⁶⁶ Cfr. GOMÁ LANZÓN, J. recogiendo las aportaciones de los llamados neorrepúblicanos: Pettit, Sandel, Skinner o Viroli (*Ejemplaridad pública*, Ob. Cit. Págs. 142-143 (y en general toda la sección 17)).

⁴⁶⁷ Pues “una democracia *sine moribus* es...un conjunto de leyes de incierto porvenir” (GOMÁ LANZÓN, en *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit. Pág. 171).

más a sus intereses particulares y preferir, en igualdad de condiciones, imparcialmente, el respeto a la ley o acaso el coste de la sanción, sin tener, en éste segundo caso, nada que reprocharse”⁴⁶⁸.

Según la doctrina dualista pura, los contratos no son moralmente obligatorios, sino que la exigibilidad de los mismos procede de la posibilidad de que se imponga coactivamente su cumplimiento, ya que el Estado no impone obligaciones de conciencia sino que debe limitarse a mantener el orden público⁴⁶⁹.

Según esta teoría, si el sujeto obligado estuviese dispuesto a aceptar las consecuencias que se derivan del incumplimiento, él mismo cumpliría con pagar la indemnización correspondiente, sin que se reputase más valiosa la conducta cumplidora que la incumplidora (y el mismo principio regiría en el ámbito penal...): no hay conductas malas, sino conductas prohibidas⁴⁷⁰.

Es decir, que el ciudadano podría calcular y nada se le podría reprochar en “pura” teoría del Derecho.

Junto al ejemplo del cumplimiento contractual, podríamos plantearnos otros que suelen escandalizar con frecuencia a la opinión pública (en cuyos ámbitos es frecuente la autorregulación). Pensemos en un hipotético canal de televisión que injuria a una persona atentando contra su fama, y es condenado por ello, y asume la condena y la cumple (rectificación, indemnización....). Desde el

⁴⁶⁸ GOMÁ LANZON, en *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit. Pág. 121.

⁴⁶⁹ “Un Estado meramente jurídico- positivo...no obliga en conciencia a los ciudadanos y contrae su misión al mantenimiento del orden público en su versión más elemental” (GOMÁ GOMÁ LANZON, en *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit. Pág. 121.

⁴⁷⁰ A decir de Kelsen, “desde el punto de vista de la teoría del Derecho positivo, no hay hecho alguno que, en sí y de por sí, es decir, sin consideración de la consecuencia que estatuye para él el orden jurídico, sea un acto ilícito o delito. No hay *mala in se*, sino *mala prohibita*”. Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*, Cap. V.

perfecto dualismo, habría actuado correctamente por cuanto en la esfera pública regulada por el Derecho, se ha aplicado la norma. Sin embargo, éste planteamiento no casa con lo que la conciencia cívica parece demandar: a nadie le parecería que un canal que obrase continuamente así, aunque llegase a cumplir siempre con la indemnización y estuviese conforme con asumir las consecuencias legales de sus actos, esté actuando bien. Lo mismo cabría decir de alguien que incumpliese los contratos reiteradamente asumiendo las indemnizaciones correspondientes, de quien llevase la ley al extremo de los tipos de infracción, logrando librarse de sanciones, pero produciendo los efectos perversos deseados (por ejemplo, forzar a inquilinos a abandonar casas de renta antigua sin llegar a cometer infracción o delito, pero bordeando⁴⁷¹ permanentemente el precipicio), o de una empresa cuya publicidad fuese siempre polémica y escandalosa para llamar la atención. Hay algo que falla. La perfecta neutralidad que se ha llegado a predicar del Derecho respecto de la Moral, no termina de convencer en supuestos como éste. Un Derecho que se limita a mantener el orden público con perfecta neutralidad respecto de opciones morales, no convence a la conciencia cívica, pues aunque dicho Derecho “es el que mejor tolera todas las extravagancias privadas”, es el que “más las protege y deja florecer su sabor”, deja cierta insatisfacción⁴⁷² en el común y en los no extravagantes, pues se realiza

⁴⁷¹ “Dista de ser un ideal la proliferación de hombres que puedan vivir bordeando las leyes sobre la cuerda floja de lo ilícito” (CORTS GRAU, J. *Curso. Ob. Cit.* Pág. 280).

⁴⁷² En buena medida, la potenciación del fenómeno autorregulatorio por parte de los Estados (y la UE) y por parte de los agentes del mercado, viene a responder a dicha insatisfacción. Viene a dar una respuesta más allá de lo que la ley estrictamente exige, pues la misma no llega. Vendrían pues los CDC a llenar la insatisfacción que produce el orden jurídico estrictamente liberal que se desprende de la teoría pura del Derecho de Kelsen.

“sin preguntarse si acaso una polis poblada de millones de almas extravagantes satisfechas de serlo y al abrigo de toda censura moral, cuando ya no existen los antiguos frenos que retienen a un yo aún por civilizar, acaba comprometiendo el mismo orden público que se trataba de mantener” (GOMÁ⁴⁷³).

Desde el planteamiento dualista, el fenómeno autorregulatorio carece de efectos jurídicos. En efecto, sólo podríamos hablar de obligación cuándo existiese coacción para el cumplimiento. Sin embargo, los CDCs pretenden lograr un comportamiento sin que se establezcan sanciones en todos los casos: de algún modo, son la expresión escrita de las prácticas que se consideran valiosas aunque no sean obligatorias, pues con lo obligatorio la eficacia buscada no queda del todo garantizada, ya que “el Derecho es necesario pero no suficiente”⁴⁷⁴. Ahora bien, no por la falta de sanción coactiva deja de considerarse valiosa (e incluso obligatoria, aunque no haya sanción por incumplimiento y por tanto *vis coactiva*) la conducta que el Código fomenta. Esto permite afirmar que los CDCs no encajarían en el esquema filosófico dualista. Un esquema que, por otra parte, en el ámbito del Derecho Privado, podría decirse que comenzó a superarse (aun cuando fuese de modo inconsciente e incompleto), desde el momento (segunda década del siglo XIX) en que toda una línea de pensamiento propugnó la moralización de los negocios jurídicos⁴⁷⁵. Un esquema que, en el Derecho público, parece haberse superado desde el momento en que las Administraciones combinan instrumentos de

⁴⁷³ GOMÁ LANZON, en *Ejemplaridad pública*, *Ob. Cit.* Pág. 121.

⁴⁷⁴ GOMÁ LANZÓN, I. *Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios*. Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Texto de la conferencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense “Restructuring of the financial system and new negotiation strategies”, celebrado en Harvard Law School. Universidad Complutense, 2014. <http://eprints.ucm.es/24123/> Pág. 44.

⁴⁷⁵ El último tiempo ha tendido a “la introducción de corrientes de moralización en los negocios jurídicos con el fin de impedir resultados que de otra manera se considerarían contrarios a los postulados de la justicia” (DIEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Tomo I. Sexta edición. Civitas, Cizur menor 2008, pág. 59).

Derecho vinculante (en sentido coactivo, llamado hard law) con instrumentos de Derecho no vinculante (soft law) lo cual ha resultado útil para conseguir determinados fines dentro de la subsidiariedad que es principio esencial del Derecho comunitario⁴⁷⁶.

A ello debemos unir que llegan en un momento en que por varios autores⁴⁷⁷ se demanda una revalorización de las conductas ejemplares para la consecución de una democracia madura. La autorregulación viene a dar así respuesta a la insatisfacción de quienes no están conformes con que una conducta reputada injusta pueda buscar acomodo en la legalidad, y responden a tendencia a la superación de la separación radical entre el Derecho y la Moral.

6.1.4 La unidad del orden moral

La autorregulación nos coloca pues ante el viejo problema de las relaciones entre Derecho y Moral. Han corrido también ríos de tinta acerca de la cuestión. Sin ánimo de relatar las interminables discusiones, podríamos señalar que a grandes rasgos hay quien defiende la total autonomía del Derecho respecto de las concepciones morales (sobre la base, fundamentalmente, de la construcción kantiana) y quien pretenden dejar “reducida la moral a ser un reflejo o

⁴⁷⁶ Al respecto, cfr. SARMIENTO, D. *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Civitas, Cizur menor 2008. En especial la construcción dogmática que se lleva a cabo en pp. 151. y ss.

⁴⁷⁷ Cfr. PETTIT, SANDEL, SKINNER o VIROLI. “Lo que une propuestas filosóficas contemporáneas como las de Sunstein, Pettit, Sandel o estudios de historia de las ideas con orientación normativa como los de Skinner o Viroli, es ese mismo espíritu republicano que se resume en una cierta idea de virtud en contraposición no ya, como en el antiguo republicanismo, a la corrupta monarquía, sino a un Estado liberal cuyas deficiencias morales se denuncian, y a una clase de yo, el subjetivismo tardomoderno, que fiel emancipación suya” (GOMÁ LANZON, en *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit. Pág. 143)

resultante de las disposiciones del legislador o de la organización estatal”⁴⁷⁸. Otros, en cambio, consideran que el Derecho forma parte de un mismo orden con la moral. Simplemente que sólo en determinadas ocasiones se sanciona legalmente un comportamiento (obligando en su caso coactivamente a observarlo). Sin embargo, las normas ordenadoras de la conducta son más que únicamente las que acarrearán sanción: hay normas no vinculantes en sentido coactivo. En la filosofía jurídica reciente suele distinguirse entre reglas y principios⁴⁷⁹. Los principios serían “mandatos de optimización” que pueden ser cumplidos en diferente grado, en tanto que las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (ALEXY⁴⁸⁰).

Los autores que defienden la existencia de un orden moral del que forme parte el Derecho circunscriben eso sí el Derecho al ámbito de lo coactivo, pero con una diferencia respecto del planteamiento kelseniano: el Derecho no es neutro respecto de la moral, sino que establece normas en atención a una misma moral, de modo que se puede hablar de la existencia de una conexión entre la Moral y el Derecho en el que el Derecho Natural sea “eslabón intermedio”⁴⁸¹. Derecho Natural, no como “Derecho ideal (utópico)” ni como “ideal jurídico (aspiración política), ideología”, sino “sencillamente el canon

⁴⁷⁸ En palabras de DE CASTRO, que refiere a HEGEL ésta concepción DE CASTRO *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid 1984. Pág. 23.

⁴⁷⁹ “Además de reglas, esto es, pautas relativamente específicas de conducta, los Derechos contienen también principios, que pueden ser de dos tipos: las policies o directrices, las normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral (como la de que nadie pueda beneficiarse de su propio comportamiento ilícito), que establecen derechos. Lo que caracteriza a los principios frente a las reglas es que, mientras estas últimas pueden aplicarse en la forma todo- nada, los principios tienen una dimensión de peso” (ATIENZA, M. *Ob. Cit.* P. 84).

⁴⁸⁰ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. Págs. 86 y 87.

⁴⁸¹ *Ob.Cit.* Pág. 24.

jurídico impuesto por la Justicia”⁴⁸². Un reflejo del mismo, de algún modo, serían por ejemplo los Art. 1, 1255 o 1275 CC⁴⁸³.

Desde ésta unidad (que tampoco niega cierto positivismo⁴⁸⁴), la autorregulación tiene más sentido: aún cuando no se llega a establecer como coactivamente obligatoria una conducta, si que se considera posible que un comportamiento sea puesto en valor como el más ejemplar, suscitando con ello unas condiciones de confianza en el mercado (condiciones de confianza que se derivan además de la exigencia de buena fe –Artt. 7 y 1258 CC- , entendida ésta como “rectitud y honradez”⁴⁸⁵ en los tratos y en la manera de proceder⁴⁸⁶) o un grado de adhesión determinado en ámbitos a los que no se puede regular por falta de competencia⁴⁸⁷.

Ahora bien, en el actual estado de cosas, el ángulo de la discusión no es tanto el clásico de si una norma “superior” limita o no la acción del legislador, sino más bien el de si la norma procedente del legislador es o no bastante para

⁴⁸² DE CASTRO, *Ob.Cit.* Pág. 24.

⁴⁸³ A decir de DIEZ- PICAZO “son varias las líneas de ruptura que en el Derecho legal o paccionado introduce una concepción moral o las líneas de una tendencia moralizadora de las relaciones sociales”, señalando precisamente como ejemplo la moral como límite de la autonomía de la voluntad (Art. 1255) y el juego que encuentra la moral a la hora de determinar la torpeza de la causa en el Art. 1275 CC (DIEZ- PICAZO, L. *Ob. Cit.* Pág. 59).

⁴⁸⁴ “No hay ninguna necesidad de ser iusnaturalista para reconocer que existe una conexión de tipo necesario o conceptual entre el Derecho y la moral” (ATIENZA, M. *Ob. Cit.* Pág. 123).

⁴⁸⁵ DIEZ- PICAZO, L. *Ob. Cit.* Pág. 61.

⁴⁸⁶ La exigencia de buena fe es precisamente destacada como un ejemplo de cómo los valores morales frenan los abusos de una concepción radical de la autonomía privada: CASTRO señala Tendencia “moralizadora” del Derecho que viene sirviendo de freno o contrapeso a las direcciones “puras” de la doctrina.”. DE CASTRO Y BRAVO, F. de. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid 1985 (reproducción facsimilar de la edición del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971). Pág. 16.

⁴⁸⁷ SAMIENTO, en el ámbito del Derecho administrativo (*Ob. Cit.* págs. 153 a 158) señala los instrumentos de soft law como un instrumento adecuado de coordinación entre administraciones con diferentes ámbitos de competencia.

generar las dosis de confianza que el mercado necesita, o si éste requiere además de una moral a la que el Derecho estaría unido. La explosión autorregulatoria tal vez se explica si se valora la existencia de una dirección tendente a recuperar la idea de orden moral unitario, la cual señala que el Derecho no basta por si sólo para alcanzar ciertos comportamientos, que hay un deber moral más allá de la coacción, que dicho deber es jurídico si se tiene presente la idea de Derecho Natural o la de Derecho compuesto de reglas-principios⁴⁸⁸ (*vis directiva*), y que por tanto no todo debe resolverse sólo a través de la coactividad de ciertas normas como único medio para alcanzar comportamientos valiosos. Una coactividad que no puede actuar en todos los casos porque la vertiginosa variabilidad de las realidades y el dinamismo de las conductas⁴⁸⁹ hacen necesario que existan estándares y principios generales a los que atenerse ante la imposibilidad de tipificar todas las conductas posibles y dar respuesta a nuevas necesidades. Estándares que no siempre generan un vínculo propio de una relación jurídica obligatoria. Estándares que sin embargo pueden llegar a ser obligatorios, pues se han visto conductas perfectamente legales alejadas de la finalidad de la norma que han demostrado que desde la eficacia, el Derecho es “condición necesaria, pero no suficiente”⁴⁹⁰.

La existencia de instrumentos jurídicos no vinculantes, generadores de compromisos simplemente morales, no es tan extraña como a priori quepa

⁴⁸⁸ Determinados estos en su antecedente pero no en su consecuente, frente a las reglas, que son taxativas (SARMIENTO, D. *Ob Cit.* Pág. 97).

⁴⁸⁹ Cfr. Respecto del Derecho administrativo SARMIENTO, D. *Ob Cit.* Pág.186 y ss.

⁴⁹⁰ O como ha dicho GOMÁ “si algo nos ha enseñado la crisis, durante la cual hemos visto comportamientos legales pero merecedores de un duro reproche moral, es que el cumplimiento de la ley es condición necesaria pero no suficiente. Muchas han sido las conductas no sancionables en Derecho que, sin embargo, repugnaban a un sentido elemental de lo decente y lo honesto”. GOMÁ LANZON, J. Ejemplaridad: historia de una idea. *ABC*. 26 de Octubre de 2014. Pág. 3.

pensar. Así, sin Derecho coactivo, en ocasiones se pretende una confianza por un compromiso meramente moral. Un ejemplo que podríamos citar es el de las cartas de patrocinio o *comfortt letters*⁴⁹¹: recomendaciones que permiten gozar de cierta solvencia a un deudor en atención al patrocinio que del mismo hacen terceros⁴⁹², pero que no llegan a ser un aval propiamente tal, sino que genera una apariencia de garantía más relacionada con la moral⁴⁹³.

Si bien es cierto que en ocasiones puede llegar a considerarse como un aval propiamente⁴⁹⁴, en cuyo caso se suele denominar como carta de patrocinio fuerte⁴⁹⁵, en otros casos lo que se pretende es simplemente garantizar (no tanto constituyendo una garantía jurídica, sino generando una determinada

⁴⁹¹ Son diferentes las denominaciones: *comfort letters*, *letter of responsibility*, *letter of patronage*, *letter of support*, *letter of intention* o, en español, “cartas de apoyo” o “cartas de conformidad”.

⁴⁹² “Constituyen por tanto recomendaciones o declaraciones que aspiran a que la acreditante tenga conocimiento de la opinión de terceros sobre la sociedad a la que va a facilitar el préstamo”. LANZÓN MARTÍNEZ LANZON MARTÍNEZ, F. *Las cartas de patrocinio: entre el Derecho y la Moral*. En <http://hayderecho.com/2014/05/21/las-llamadas-cartas-de-patrocinio-entre-el-derecho-y-la-moral/>

⁴⁹³ “La carta de patrocinio se presenta en nuestro ordenamiento como una figura que participa de la apariencia de una garantía pero que sin embargo inicialmente tiene un contenido más vinculado con la moral que con la configuración jurídica de ésta última”. LANZON MARTÍNEZ, F. *Ob. Cit.*

⁴⁹⁴ Así, el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo 2009 (RJ 2009/1656).

⁴⁹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2005 (RJ 2005\5089) fijó una serie de condiciones para reconocer su eficacia como tal, cuales son:

- (i) Que concurra una intención del patrocinador de asumir una obligación de prestar apoyo financiero a su patrocinada, o de contraer deberes positivos de cooperación para que ésta pueda cumplir sus compromisos frente al destinatario de la carta;
- (ii) Que exista una relación obligacional clara, sin expresiones equívocas;
- (iii) Que el firmante disponga de poder para obligar al patrocinador en un contrato análogo al de fianza;
- (iv) Que para la conclusión de la operación subyacente sean determinantes las expresiones vertidas en la carta; y
- (v) Que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito propio de las relaciones sociedad matriz – sociedad filial.

confianza⁴⁹⁶) aunque “sin compromiso expreso y dejar la puerta abierta a una potencial reclamación de cumplimiento de garantía”⁴⁹⁷.

6.1.5 El problema de la coacción: ¿hay Derecho sin coacción?

Así planteadas las cosas, podríamos abordar un problema no menor y es el de si existe un Derecho sin coacción, lo cual conecta con el tema más profundo del alcance del deber jurídico. No estamos hablando de si existe Derecho sin sanción, pues hasta los usos que no llegan a ser Derecho imponen sanciones aunque de otro tipo⁴⁹⁸. Lo que plateamos es si una norma, sin ser mero uso, puede llegar o no a ser jurídica en tanto no se produzca la intervención coactiva del Estado.

En pura teoría, el Derecho sólo es Derecho cuándo regula la conducta fijando una consecuencia jurídica que se impone de modo coactivo para el caso de incumplimiento (*vis coactiva*), conducta a la que se está obligado en tanto buena (lo cual justificaría en el esquema suareciano- tomista la obligatoriedad en conciencia, o *vis directiva*). El Derecho obligaría así tanto en Ley como en conciencia. Si no se llega a producir dicha fijación de una consecuencia susceptible de imposición coactiva, se entiende que estamos ante una norma moral que no podrá obtener sino sanción moral. En la concepción positivista, se

⁴⁹⁶ Lo cual ha venido en llamar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de febrero de 2007 (RJ 2007/684), carta de patrocinio débil (las expresiones fuerte y débil, referidas a lo jurídico no son ni mucho menos ajenas al fenómeno de la autorregulación, al que se suele situar en el llamado soft law).

⁴⁹⁷ LANZON MARTÍNEZ, F. *Ob. Cit.*

⁴⁹⁸ Cfr. Las diferencias entre el Derecho y los usos según las exponen los iurisfilósofos. Vid. RODRIGUEZ MOLINERO, M. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Librería Cervantes, Salamanca 1999. Págs. 67 y 68.

rechaza la idea de deber jurídico si no existe sanción, dejándose todo en la obediencia únicamente por miedo a la sanción, y negando que exista deber si no hay un derecho subjetivo correlativo⁴⁹⁹.

Esta separación tan clara Moral- Derecho (con la correspondiente limitación de la idea de deber) nos invitaría a pensar que la autorregulación, si no se subsume en las fuentes de las obligaciones, no es Derecho por cuánto no conlleva obligación jurídica. Si rechazamos el Derecho sin sanción, la autorregulación solo serían usos, usos que podrían aun así jugar un papel en la realización del Derecho si se valoran las remisiones que a los mismos se lleva a cabo por parte del propio ordenamiento (cfr. Artt. 1258 o 1496 CC).

Sin embargo, la realidad muestra que existen casos de normas que describen una conducta que se considera como ejemplar, sin que por ello conlleven una sanción para el caso de incumplimiento y sin que por ello dejen de considerarse Derecho. Por ejemplo, los Artículos 52 a 54 de la Ley 7/2007⁵⁰⁰ del Estatuto Básico del Empleado Público, disponen una serie de conductas que el empleado público debe observar, agrupando éstos artículos con el título de “código de conducta”. En principio, tratándose de deberes que se imponen por ley, hemos de pensar que se trata de deberes jurídicos y que la desobediencia a sus normas ha de acarrear sanción. Sin embargo, si en esa misma ley

⁴⁹⁹ A decir de WINDSCHEID “el Derecho no conoce ninguna obligación sin su correspondiente derecho subjetivo” (cfr. DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 523).

⁵⁰⁰ Reproducidos al estudiar los códigos que son ley en el apartado correspondiente a fuentes del Derecho.

observamos la tipificación de infracciones que se lleva a cabo en el Art. 95⁵⁰¹, resulta que no está tipificada la desobediencia a todas las conductas que se considera por el código de los Art. 52 a 54 que el empleado debe observar. El ámbito de lo exigible coactivamente es más estrecho que el de lo debido según la propia ley. Ello nos colocaría ante el problema del valor que tienen las normas que definen una conducta⁵⁰² sin determinar una sanción para el caso de

⁵⁰¹ Artículo 95 Faltas disciplinarias. 1. Las faltas disciplinarias pueden ser muy graves, graves y leves.. 2. Son faltas muy graves: a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública. b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo. c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas. d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. e) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función. f) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido. g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. h) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito. i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico. j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro. k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga. m) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga. n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad. ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. o) El acoso laboral. p) También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral.

3. Las faltas graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad. b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos. c) El descrédito para la imagen pública de la Administración.

4. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias.

⁵⁰² SANTAMARÍA critica la forma en que está estructurado el código (principios éticos y principios de conducta, de acuerdo a unos principios de actuación inspiradores), diciendo que “la estructura de ésta regulación es peculiar e innovadora”. SANTAMARÍA PASTOR. *Principios de Derecho Administrativo General I*. 2ª Ed. Iustel, Madrid 2009. Pág. 701.

inobservancia: dichas normas están, de algún modo, contando con que van a ser obedecidas. Buscan lograr un comportamiento justo, virtuoso, adecuado en beneficio del común. Reducidas a la teoría pura del Derecho, se diría que recortan un ámbito de la realidad sin juzgar el resto. Sin embargo, el recorte de las infracciones es más reducido que el de los deberes enunciados, lo cual lleva a postular que se cuenta con un comportamiento virtuoso que no puede definirse sólo negativamente por los actos contrarios y que es más amplio (por cuánto requiere una colaboración del sujeto obligado) que lo sancionable. Éstas normas, la regulación de la conducta y la autorregulación, nos permiten redescubrir que “el concepto mismo del Derecho determina la existencia del deber jurídico, como efecto sustantivo de toda norma”⁵⁰³. La autorregulación en cambio es mucho más complicada de comprender desde concepciones que niegan la idea de deber jurídico⁵⁰⁴.

Normas similares pueden encontrarse en la regulación del régimen disciplinario de Notarios o Registradores. Las actuales normas disciplinarias describen unas conductas que sólo sancionan dándose ciertos presupuestos tasados, pero es evidente que para el caso de cumplimiento, cuentan con una obediencia más amplia, acorde a la moral. Solo así puede comprenderse el texto ya derogado (lo cual no obsta a su valor interpretativo, Art. 3 CC) de los artículos 566. 3º o 567. 3º del Reglamento Hipotecario cuando hablan de la “grave desconsideración” o de la “incorrección” de los Registradores. Ambos

⁵⁰³ DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 525.

⁵⁰⁴ Concepción esta que “no sólo es contraria a la conciencia del pueblo, sino que deja reducido el Derecho a un aparato coactivo, apoyado y justificado en nada” (DE CASTRO, *Ob. Cit.* Pág. 524).

son conceptos mucho más amplios e indeterminados que los que deben ser objeto de una norma meramente coactiva.

Similares son los términos de la Ley del Notariado, cuyo artículo 43 sigue hablando de que el régimen disciplinario responde a las *“faltas de disciplina y otras que puedan afectar al decoro⁵⁰⁵ de la profesión”*, concepto amplísimo y más exigente que el deber jurídico infundido por el simple miedo a una norma coactiva. Y es que hasta la reforma operada en la Ley del Notariado por la Ley 24/2001 el artículo 10 de la misma, decía que

“para ser Notario se requiere ser español y del estado seglar; haber cumplido veinticinco años; ser de buenas costumbres, y haber cursado los estudios y cumplido con los demás requisitos que prevengan las leyes y reglamentos, o ser Abogados”.

Nótese que hace referencia a las *“buenas costumbres”*. Al respecto, señala GOMÁ

“Es natural: quien ha de ser ejemplo público, ha de ser ejemplar, es decir, de buenas costumbres. El artículo ha sido derogado pero me pregunto si alguien osaría pensar que su contenido también lo está, si ser de buenas costumbres ya no es requisito constitutivo del Notario. Otra cosa es qué contenido tiene ese concepto de ser de buenas costumbres y admitir su natural mutación a lo largo de los años y siglos.

Esta claro que no se refiere a las *“buenas costumbres”* notariales, a ser buen profesional conocedor y observante de la *lex artis* notarial. Se refiere a algo más general. A esas mismas buenas costumbres a las que alude el artículo 145⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Recuerda GOMÁ que “en su origen romano el decorum es el concepto latino para, precisamente, la ejemplaridad, y está claro que esa es la intención del legislador” (GOMÁ LANZÓN, J. “Ejemplaridad y fe pública”. En *El Notario...Ob. Cit.*).

⁵⁰⁶ La consideración de GOMÁ va referida al texto ya derogado del artículo 145. la versión hoy en vigor determina que *“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.*

Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos

del Reglamento Notarial, de naturaleza claramente extrapositiva, cuando dice que el Notario debe excusar su ministerio cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios, además de a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres”⁵⁰⁷.

Además, estas normas que determinan deberes, tienen la virtualidad de ser informadoras y de contar con un valor interpretativo (Art. 1 y 3 del Código Civil) de las normas coactivas que determinan⁵⁰⁸.

Otro ejemplo (de juridicidad ciertamente especial⁵⁰⁹, aunque no por ello ajurídico⁵¹⁰, aun cuando la juridicidad se cuestiona en cuanto a su intersubjetividad⁵¹¹) de Derecho sin sanción (digo especial por la necesidad de

de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello.

Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:

5.º El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia.

⁵⁰⁷ GOMÁ LANZÓN, J. “Ejemplaridad y fe pública”. En *El Notario...Ob. Cit.*

⁵⁰⁸ En el ámbito administrativo se valora especialmente el criterio de normas y circulares sin sanción determinada como criterio interpretativo para determinar la culpabilidad. En el ámbito tributario, por ejemplo, una interpretación razonable de la norma es determinante de la exención de la responsabilidad (cfr. Art. 179. 2 Ley General Tributaria). La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 2003 apreció culpabilidad en atención a que una Circular marca un criterio al que atenerse. Al respecto cfr. SARMIENTO, D. *Ob. Cit.* Pág. 192.

⁵⁰⁹ ATIENZA señala que “en muchos aspectos, no cabe duda de que ese ordenamiento es semejante a los sistemas que consideramos plenamente jurídicos”. Ahora bien, señala que “las muchas similitudes de tipo técnico...no pueden hacer olvidar la existencia de diferencias que no son meramente accesorias....muchas de sus normas no pretenden regular simplemente las conductas externas de sus destinatarios, sino también las internas” (*El sentido....Ob. Cit.*, Pág. 43).

⁵¹⁰ “El Derecho canónico no es un residuo de supuestas pretensiones temporalistas, ni una especie de superestructura o un añadido puramente humano a la naturaleza divina del pueblo de Dios” (CENALMOR, D, MIRAS, J. *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico*. EUNSA. Pamplona, 2004. Pág.45).

⁵¹¹ Se ha cuestionado la juridicidad del Derecho Canónico, habiendo una serie de teorías negadoras al respecto. En especial, se ha destacado el problema que se plantea por la falta de coactividad y por la falta de una clara intersubjetividad (cfr. IBAN, I.C. *Derecho Canónico y Ciencia jurídica*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1984, Págs. 160 a 182). Ambos problemas se reproducen en el ámbito de los códigos de conducta: en algunos de ellos no están claras ni la intersubjetividad ni la coactividad. Con todo, si que se aprecia que la Iglesia es una comunidad visible y social (por muy misteriosa que sea) y

salvar las distancias entre el Derecho civil y el canónico por la especial naturaleza de la sociedad regulada), lo tenemos en el Derecho canónico. Dicho Derecho impone a los fieles cristianos deberes como el de hacer apostolado (canon 225), contribuir desde el matrimonio (los casados) a la edificación del pueblo (canon 226), adquirir el conocimiento de la doctrina cristiana (canon 229), comulgar una vez al año en tiempo de Pascua (canon 960) o abstenerse de comer carne los días de penitencia (canon 1251), entre otros muchos. Todos esos deberes son deberes estrictamente jurídicos. Es más, lo habitual es que su incumplimiento no acarree sanción moral alguna. Tampoco hay sanción jurídica coactiva, reservada por el Derecho canónico para las sanciones más graves. Y sin embargo, son deberes enteramente jurídicos.

El ejemplo podría invitarnos a pensar en que los Códigos de conducta no coactivos son Derecho, aun sin sanción determinada. Como refuerzo debemos recordar que no todo el Derecho vigente tienen sanción determinada: la costumbre es fuente de Derecho, fija un comportamiento, se entiende que implica una obligación jurídica, y sin embargo no acarrea sanción tasada⁵¹².

6.1.6 Los códigos de conducta como Derecho sin coacción, la costumbre y la convención.

La anterior afirmación nos lleva a un último apartado. Es un hecho constatable en la historia de la humanidad el que el Derecho, por muy coactivo que haya sido, no ha logrado imponerse en tanto no existiese un comportamiento de la inmensa mayoría conforme al mismo, hasta el punto de

como tal (*ubi societas ibi ius*) dotada de una organización y unas reglas, no cabe negar la juridicidad (como señaló FEDELE, cfr. IBAN, *Ob. Cit*, Págs. 177 a 180).

⁵¹² Al respecto de la costumbre, ver la parte correspondiente al encaje de los CDC en las fuentes del Derecho.

que si existen costumbres contrarias el Derecho contenido en las leyes no se llega a observar y se siguen las costumbres (aun *contra legem*)⁵¹³, lo cual implica la necesidad de que los gobernantes valoren el estado de las costumbres, la realidad previa, y solo entonces promuevan dicha ley. En otro caso el “trasplante de instituciones”⁵¹⁴ no dará buen resultado⁵¹⁵.

Sin una costumbre o convención social de que es necesario cierto comportamiento, no podemos hablar de que exista una realización plena del Derecho: “la ley más coactiva, invasiva y represora, será papel mojado ante un hábito general de desobediencia por parte de la ciudadanía”⁵¹⁶. Y es que el postulado de la idea clásica del Estado de Derecho según la cual

“cumplir la ley es condición única y suficiente para una sociedad justa, no es cierto, puesto que cumplir la ley no es suficiente para una sociedad civilizada y bien organizada, se necesita un plus extra-jurídico que puede estar bien compendiado con cierta ejemplaridad” (GOMÁ⁵¹⁷).

Sobre la posible consideración de los CDCs como costumbre debemos remitirnos al apartado donde se analiza el encaje de la autorregulación en las fuentes del Derecho conocidas. En esta sede conviene retener la siguiente idea:

⁵¹³ RODRÍGUEZ MOLINERO, M. *Introducción...Ob. Cit.* Pág. 70.

⁵¹⁴ Joaquín Costa, en *Oligarquía y caciquismo, como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, destaca la necesidad de que las instituciones que se pretenden implantar se adapten a la realidad social subyacente. A decir del experto en economía institucional Benito ARRUÑADA el texto debería ser considerado “para quienes aún pretenden resolverlo todo con sencillos trasplantes institucionales” ARRUÑADA, B. *Costa sobre el trasplante de instituciones*. En <http://blog.arrunada.org/2014/01/costa-sobre-el-trasplante-de-instituciones/>

⁵¹⁵ A decir de GOMÁ, “para que la ley despliegue este efecto pedagógico en la ciudadanía, configurador de costumbres cívicas, es importante que antes el legislador haya respetado las costumbres del país decantadas en principios, usos, estilos, convicciones, aspiraciones, expectativas y valores que informan el espíritu de esa comunidad política”. *Ejemplaridad pública, Ob. Cit.* Pág. 156.

⁵¹⁶ *Ejemplaridad pública, Ob. Cit.* Pág. 156

⁵¹⁷ IGLESIA, A.M. Entrevista a Javier Gomá. Revista de Letras. 22 de Septiembre de 2014. <http://revistadeletras.net/goma-la-presencia-del-ideal-permite-desarrollar-la-critica/>

si consideramos que la fuerza de la ley descansa en la costumbre cívica, la enunciación escrita de lo que dicha costumbre cívica haya de ser a través de un código de conducta, goza del importante valor jurídico⁵¹⁸ de determinar una mejor aplicación de la ley, una realización del Derecho más completa, un comportamiento más cívico. Los códigos de conducta serían entonces una suerte de propuesta de costumbre *secundum o praeter legem*, a través de las cuales los llamados a aplicar la ley (la sociedad, los agentes de un sector determinado) describen cuál es el comportamiento que les parece más valioso y más adecuado, más allá incluso de las estrictas obligaciones legales, pero contribuyendo a modalizar el contenido de los deberes que de las mismas nacen. Y en la medida en que el código muchas veces no procede de los mismos, sino del poder, los CDCs serían una descripción de comportamientos que, sin llegar a constituir ley, inducen la generación de una determinada costumbre, promoviendo un comportamiento ejemplar y debido (aunque no haya sanción). Una descripción que está más cerca del Derecho que de los meros usos, sobre todo si consideramos que el sujeto (promulgación por el Estado –a veces directamente, a veces solo mediante la producción paccionada⁵¹⁹, a veces llamando por medio de una ley a la elaboración de un CDC por los particulares-) y la forma⁵²⁰ (instrumentos, fuentes formales, modo de expresarse) son propios del Derecho.

⁵¹⁸ Y también estético, como veremos en el último apartado.

⁵¹⁹ Cfr. El análisis del *soft law* paccionado que hace SARMIENTO, *Ob. Cit.* Págs. 133 y ss.

⁵²⁰ Uno de los elementos que ha servido tradicionalmente para diferenciar el Derecho de los usos sociales ha sido, precisamente, el origen estatal y la existencia de una formalidad determinada que de formulación frente a lo vago e impreciso de los usos (RODRIGUEZ MOLINERO, M. Introducción....*Ob. Cit.* Pág. 67). Los CDCs tienen la forma y proceden a veces del sujeto propio del Derecho.

COSTA, al reivindicar la costumbre entre las fuentes del Derecho, fija un esquema de producción de la ley en el que es la costumbre *secundum legem* la que permite que la ley sea eficaz, que el Derecho se realice. Rechaza con ello las teorías contrarias a la costumbre, pone su papel en valor, y recuerda que ley en realidad es una propuesta de costumbre⁵²¹. Considerado esto desde la problemática de la ejemplaridad dice GOMÁ, sobre la base del principio de facticidad⁵²², que un proceso civilizador completo reclama un republicanismo de mores que ponga el énfasis más en la consolidación de buenas costumbres que en la actuación estatal⁵²³.

Este esquema requiere de una articulación Derecho- usos sociales, Derecho- Moral que no resulta ni mucho menos extraña a las elaboraciones doctrinales de iurisfilósofos al respecto. LLAMBÍAS DE AZEBEDO⁵²⁴, sobre la base de la idea de RADBRUCH de que los usos siempre tienen una relación con la Moral o con el Derecho (sin que tengan fundamentación normativa propia), considera que los usos tienen detrás una serie de valores que el llama “de

⁵²¹ Cfr. COSTA, J. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*. Cap. IV. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre--0/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_14.html#I_6 (Descargado el 19 de Mayo de 2014).

⁵²² La idea fundamental sería “que todo yo se encuentra, siempre y en todo lugar, de hecho, en una red de influencias mutuas. De donde se sigue que el individuo, antes de ser sujeto, con una prioridad no sólo temporal sino también en el orden del ser, se encuentra arrojado en un mundo poblado de modelos. Vive, se mueve y existe, sin poder evitarlo, en un horizonte de modelos que constituyen su personalidad, la moldean, la redondean” (GOMÁ LANZÓN, J. “Ejemplaridad y fe pública”. En *El Notario...Ob. Cit.*).

⁵²³ “El único programa republicano⁵²³ viable...sería un *republicanismo de mores*, es decir, uno que no ponga tanto el énfasis en la actuación estatal y en sus intervenciones coactivas en la vida moral de los ciudadanos como en la consolidación de aquellas costumbres que inducen a la virtud por persuasión y sin menoscabo de la libertad individual” *Ejemplaridad pública, Ob. Cit.* Pág. 160.

⁵²⁴ LLAMBÍAS DE AZEBEDO, J. *Eidética y aporética del Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1958. Págs. 13 a 140, “sobre la distinción entre las normas de los usos sociales y el Derecho”.

acceso” porque están a la entrada y a la salida de los valores éticos fundamentales (que serían los valores primarios). De este modo los usos estarían antes o a continuación de la Ley, pero jugando con carácter secundario respecto de ella. Si se piensa que esos usos en una sociedad urbana son convencionales y no naturales (como ocurre en una sociedad rural⁵²⁵), no es extraño que existan instrumentos como los CDCs para aclarar o suscitar dichos usos⁵²⁶.

Analizados los códigos de conducta desde estas ideas clave sobre el ser del Derecho, podríamos decir que los mismos, aun no siendo⁵²⁷ parte de un instrumento legal (Ley o contrato) con efectos coactivos determinados (cosa que en ocasiones si que son⁵²⁸), podrían aproximarse a una fijación por escrito de lo que la convención social entiende como más valioso y ejemplar. Ello podría llevarnos, al menos en ciertos casos⁵²⁹, a ubicar los CDCs en la categoría de la

⁵²⁵ TONIES, F. *Comunidad y sociedad* (Trad. ROVIRA, J.). Buenos Aires, 1947.

⁵²⁶ De la perceptibilidad de los mismos nos encargamos al tratar de la estética, más adelante.

⁵²⁷ Pues en muchas ocasiones no lo son, y es entonces cuando cabe hablar de una valor diferente del que tienen la ley o los contratos.

⁵²⁸ Ver, en el capítulo relativo a las fuentes del Derecho, el tema de los CDC que son ley.

⁵²⁹ Recogiendo la idea de WEBER de convención, entiende GOMÁ que el concepto de costumbres fundamentadas de comportamientos ejemplares que postula en su teoría de la ejemplaridad, no “queda constreñido a las escasas “costumbres jurídicas” con valor de fuente del Derecho que todavía subsisten hoy”, sino que se refiere a aquellas costumbres generales de la comunidad que ésta estima dotadas de una legitimidad paradigmática y obligatoria para sus miembros, y como “algo que debe ser” (*Ejemplaridad pública, Ob. Cit.* Pág. 158-159). Precisamente WEBER considera (Economía y sociedad I) que la sanción por incumplimiento de la convención es muy efectiva, y LEGAZ equipara la sanción social derivada del incumplimiento de la convención y de los usos jurídicos a las sanciones consuetudinarias (LEGAZ LACAMBRA, F. *Filosofía del Derecho*. 5ª Ed. Bosch, Barcelona 1971).

costumbre⁵³⁰ y por tanto a considerarlos jurídicos y fuente de deberes (aunque no exista la misma concreción ni coacción que en los deberes nacidos de la ley).

¿Cómo explicar ésta reviviscencia de la costumbre en un tiempo donde el orden legal burocrático lo había absorbido todo (al menos en teoría)? Para responder a dicha pregunta, debemos volver a la doctrina de Max WEBER sobre las formas de legitimidad. A decir de WEBER, la dominación- legitimidad de unos sobre otros puede adoptar tres formas: la tradicional, la carismática, o la legal-burocrática⁵³¹. La primera sería la dominación que tiene lugar en virtud de reglas racionales (y que recibe el nombre de “dominación legal con administración burocrática”⁵³²). La segunda la que se produce cuando se siguen reglas heredadas desde tiempo inmemorial, por la fuerza de la tradición⁵³³. En las sociedades modernas (industrializadas, posteriores a la emancipación operada por las revoluciones, con Estado de Derecho), la forma de legitimidad propia es la legal-burocrática. La dominación carismática es la que se produce cuando la fuerza ejemplar de un determinado sujeto lleva a la adhesión de otros al mismo⁵³⁴. Ésta forma de dominación, aun cuando se caracteriza por su carácter revolucionario respecto de las reglas previas, suele rutinizarse con el tiempo, adaptándose a las formas de dominación tradicionales o legales pre-

⁵³⁰ Teoría defendida por MALUQUER DE MOTES, C. “Los Códigos de Conducta como fuente de Derecho”. *Ob.cit.* p.375.

⁵³¹ WEBER, M. *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. 2ª Edición en español (traducción de MEDINA ECHEVARRÍA, J.; ROURA PARELLA, J.; GARCÍA MAÍNEZ, E.; IMAZ, E., FERRATER MORA, J.), de la cuarta en alemán, reimpresión primera. Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1969. Pág. 172.

⁵³² *Ob. Cit.* Pág. 173.

⁵³³ *Ob. Cit.* Pág. 180.

⁵³⁴ *Ob. Cit.* Pág. 193-194.

existentes en cierto modo⁵³⁵. Ésta rutinización tiene como consecuencia la generación entorno al sujeto carismático y sus sucesores, de un cuadro administrativo. WEBER atribuye en general ésta forma de dominación a sociedades primitivas⁵³⁶. En cambio, en las sociedades modernas, dichas costumbres son reemplazadas por leyes racionales y abstractas⁵³⁷. Frente a ésta explicación, GOMÁ objeta que

“si ello fuera cierto, habría que admitir que las sociedades democráticas modernas carecen, en el ámbito político, de toda fuerza creativa e innovadora, lo que sería la apoteosis de la resignada burocratización del mundo”⁵³⁸.

Leídas estas ideas desde el Derecho, se puede observar que una fría y racional ley debería bastar en pura teoría legal- burocrática weberiana. Sin embargo, si ello fuese simplemente así, sería muy complicado que la ley fuese capaz de generar dinámicas virtuosas, necesarias para la construcción de una comunidad madura. Los sujetos podrían conformarse con cumplir la ley y no se verían llamados a nada más en beneficio del común. Es más, lo que acabaría pasando (y de hecho pasa) es que la función de los juristas podría terminar consistiendo en ser unos hábiles ingenieros jurídicos⁵³⁹ que se dedicasen a

⁵³⁵ Cfr. *Ob. Cit.* Págs. 197 y ss.

⁵³⁶ Pone como “ejemplos principales: Japon antes de la burocratización; China en gran medida sin duda (las “viejas familias”) antes de la racionalización ocurrida en los estados fraccionados; India con la ordenación de las castas; Rusia antes de la introducción del Miestnitschestvo y después en otra forma; e igualmente por todas partes, los estamentos hereditarios fuertemente privilegiados” (WEBER, M. *Ob Cit.* Pág. 200).

⁵³⁷ En expresión de TONIES, para caracterizar las diferencias entre usos y Derecho, convencionales (*Ob. Cit.*).

⁵³⁸ GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplo y carisma*. Cuadernos ESADE de Liderazgo. Barcelona, 2008. Pág. 9.

⁵³⁹ A decir de GONZÁLEZ- MENESES, “Tomamos a nuestro licenciado en derecho con sus rudimentos de dogmática jurídica un tanto frágiles, o bastante más firmes y sistematizados si se trata de un opositor que ha dedicado ya cierto tiempo a estudiar los temas de los ejercicios orales, pero en todo caso con una visión normalmente muy plana e inocente de la vida jurídica, y

estudiar los modos de permitir (en la total amoralidad jurídica⁵⁴⁰) cómo lograr siempre la aplicación de la ley más ventajosa⁵⁴¹ para su cliente.

Sin embargo,

“esta perspectiva podría modificarse...si se hallara vigente en el mundo moderno un elemento que, por ser portador de cualidades carismáticas intrínsecas, tuviera la energía de generar en la sociedad, al rutinizarse, un cuerpo sólido y articulado de buenas costumbres democráticas” (GOMÁ)⁵⁴².

Al fin y al cabo el propio WEBER admite que “con la rutinización o adaptación a lo cotidiano, la asociación de dominación carismática desemboca en formas de la dominación cotidiana: patrimonial o burocrática”, quedando el carisma original en un puesto determinado en el nuevo orden (honores, mandos, etc)⁵⁴³. Siendo esto así, el carisma- cualidad ejemplar-virtud creativa-fuente de legitimidad, está llamado a desempeñar un papel en la realización del Derecho (con aplicaciones creativas, que incluyen la costumbre *extra legem*) y

le introducimos mediante los dictámenes en un estudio más desengañado y relativista del derecho, mediante el que le hacemos ver no sólo el haz sino también el envés de las construcciones y discursos jurídicos. Le damos la vuelta al traje y le mostramos las costuras y los zurcidos. Y le terminamos enseñando que en derecho casi todo es defendible y, además, le enseñamos cómo hacerlo. No es esto nada nuevo, sino, en definitiva, el problema clásico de toda sofística: su relativismo, su neutralidad como técnica que lo mismo sirve para defender la virtud que para justificar el crimen. Y de ahí al “ingeniero” –que es a lo que ahora voy- tampoco hay mucho” (GONZÁLEZ- MENESES GARCÍA- VALDECASAS, M. *Como hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*. Colegio Notarial de Madrid, 2007. Pág. 216).

⁵⁴⁰ Continúa GONZÁLEZ- MENESES señalando que resulta preocupante “la ligereza con que muchos juristas se prestan –o nos prestamos- a una concepción “amoral” del derecho, como una mera forma o tecnicismo neutro que manipulamos a voluntad al servicio del cliente de turno, sin sentirnos moralmente concernidos por el uso que el mismo haga de ese “artefacto” que le diseñamos (*Ob. Cit.* Pág. 216).

⁵⁴¹ “Y no se trata sólo de la argucias propias de la casi siempre eufemísticamente llamada “economía fiscal”, sino de múltiples construcciones negociales que no reflejan en absoluto la realidad de la combinación económica subyacente, dando lugar a un evidente desajuste entre propósito y medio jurídico, y sobre todo de las mil y una maniobras e inventos cuyo único propósito final es la absoluta elusión de responsabilidad por los propios actos, algo que para mí –la irresponsabilidad generalizada- es la más grave lacra que padece nuestra sociedad” (GONZÁLEZ- MENESES GARCÍA- VALDECASAS, M. *Ob. Cit.* Pág. 216).

⁵⁴² GOMÁ LANZÓN, *Ejemplaridad...Ob. Cit.* Pág. 172.

⁵⁴³ *Ob. Cit.* Pág. 202.

en la generación de prácticas que dan lugar más tarde a nuevas normas⁵⁴⁴. En éste cauce (prácticas generan instituciones), los códigos de conducta adquieren explicación como muestra de ejemplo creativo llamado a suscitar adhesión mediante una conducta ejemplar, moral, y que en muchas ocasiones supera lo legalmente requerido con comportamientos valiosos.

Ahora bien, la comprensión de éste esquema requiere de la superación de esas dualidades público- privadas. La sociedad necesita de la ejemplaridad (pública) de los principales agentes de la misma (personas físicas o jurídicas), entendida como *decorum* en el sentido de “uniformidad de toda la vida y de cada uno de sus actos” (CICERON)⁵⁴⁵. Una ejemplaridad de los agentes del mercado también. Ejemplaridad que sin embargo no puede conseguirse sólo con el Derecho escrito y legal, no puede conseguirse sólo a base de la legitimidad legal- burocrática, sino que requiere de una legitimidad carismática que lo secunde. Requiere de una costumbre y una realización que lo lleve a efecto.

Los códigos de conducta, no pudiendo llegar el Derecho a todo, serían una respuesta⁵⁴⁶ a la necesidad⁵⁴⁷ de que los agentes del mercado observen una conducta ejemplar y decorosa, sin necesidad de imponer necesariamente todas

⁵⁴⁴ Sobre la posible aplicación de este esquema a las novatadas universitarias, ver mi post “De nuevo sobre las novatadas”, a propósito de una moción del Senado. En <http://hayderecho.com/2014/10/22/de-nuevo-sobre-las-novatadas/>

⁵⁴⁵ *Sobre los deberes*, I, 31.

⁵⁴⁶ Respuesta que encierra el *animus iuris introducendi* que se ha predicado siempre de la costumbre.

⁵⁴⁷ A decir de GONZÁLEZ- MENESES, el reciente Derecho Mercantil, “en la práctica de los bufetes profesionales” se ha convertido en “el derecho de la disimulación de la riqueza personal y de la elusión generalizada de responsabilidades”, lo cual ha llevado a que “derecho” mercantil moderno” acabe siendo “una reacción por diversas vías ante esta irresponsabilidad: la cada vez más abundante y exigente normativa de protección del consumidor, el mayor rigor de la responsabilidad de los administradores sociales, en especial en las situaciones de insolvencia de la compañía, la doctrina del administrador de hecho, el derecho de grupos, los códigos de conducta, etc”. (*Ob. Cit.* Pág. 217).

las conductas necesarias, sino simplemente persuadiéndolas. Ello es así en tanto la ley no puede prever todo ni puede ser tan formalista como a veces sería necesario, pues además, si así fuese, incitaría a pensar “que el cumplimiento es una formalidad vacía de contenido”⁵⁴⁸. Una conducta que se ha de lograr por la coacción, pero que en ocasiones ha de lograrse por medio de la persuasión⁵⁴⁹, pues “el Derecho es necesario, pero no suficiente”⁵⁵⁰.

6.1.7 Estética, justicia y autorregulación.

En la comprensión filosófica del fenómeno autorregulatorio, puede resultar clarificador tomar las aportaciones que puede hacernos la estética, en cuanto parte de la filosofía que va referida a la explicación de la percepción de lo bello o, en un enfoque más amplio, a la percepción sensorial⁵⁵¹. Si “un proyecto filosófico de empeño debe comprender también una estética” (GOMÁ⁵⁵²), la explicación filosófica de los códigos de conducta puede dedicar una pequeña parte a explicarlos desde el punto de vista de la percepción.

⁵⁴⁸ GOMÁ LANZÓN, I. *Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios*. Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Texto de la conferencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense “Restructuring of the financial system and new negotiation strategies”, celebrado en Harvard Law School. Universidad Complutense, 2014. <http://eprints.ucm.es/24123/>. Pág. 43.

⁵⁴⁹ Cfr. GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit. Cap. 18.

⁵⁵⁰ GOMÁ LANZÓN, I. Ob. Cit. Pág. 44.

⁵⁵¹ La estética es una ciencia de objeto discutido en tanto a lo largo del tiempo se ha ido produciendo una evolución y discusión sobre que deba ser su objeto que hace que sobre el mismo no haya consenso. Cfr. PLAZAOLA, J. *Introducción a la estética*. Deusto, Bilbao 1991. Págs. 281 a 285.

⁵⁵² GOMÁ LANZÓN, J. *Materiales para una estética*. Universidad Pública de Navarra. Pamplona 2012. Pág. 13.

Para desarrollar dicha labor con éxito, habría que partir de la explicación por la estética del fenómeno de la administración de Justicia, es decir, de cómo se percibe la misma y cual es el fundamento de la expresión sensible a que ésta da lugar (lo cual va desde la forma perceptible de los palacios de Justicia, hasta la documentación en forma perceptible de sus decisiones).

A decir de LÓPEZ QUINTÁS “dictar sentencia implica la interacción del ámbito social, con sus normatividades peculiares, y el ámbito de vida que significa la conducta del reo, que se opone a tales normatividades”⁵⁵³.

Refiere por tanto éste autor la estética de la administración de justicia a una percepción sensible de la aplicación coactiva de la norma de una determinada comunidad a quien la infringe (tomemos la expresión reo en sentido impropio, pues nos vale la explicación lo mismo para el orden penal que para los demás), lo cual hunde su fundamentación en la comunidad (ámbito social) en la que dicha norma se produce y se aplica. Comunidad en la cual quien administra Justicia tiene competencia para ello, lo cual se procura ensalzar de modo perceptible mediante una serie de formalidades que se expresan en manifestaciones artísticas, en vestiduras o en formalidades que acompañan a los actos de administración en sí.

Continúa LÓPEZ QUINTÁS aclarando que “en si, la sentencia dictada no pasa de ser una mera frase, contingente y huidiza como cualquier otra, dicha en un determinado momento por una determinada persona. Pero lúdicamente, vista en cierto contexto (en el momento del juicio, cuando se entrevera el pueblo y el reo, el ámbito del pueblo y el ámbito de la vida del reo) tal frase adquiere un extraordinario poder de configuración de la vida”⁵⁵⁴. Al decir lúdicamente, se refiere al “juego” interactivo que se produce entre los miembros de la comunidad cuyo órgano jurisdiccional dicta la Sentencia. Y es que “No es el Juez quien condena, pues la sentencia brota de una interacción de ámbitos. Esta

⁵⁵³ LÓPEZ QUINTÁS, A. *Estética de la creatividad. Juego. Arte. Literatura*. Cátedra, Madrid 1977. Pág. 285.

⁵⁵⁴ LÓPEZ QUINTÁS, A. *Estética de la creatividad...Ob. Cit.* Pág. 285.

interacción se da en el acto de dictar Sentencia. Las palabras del Juez son plasmación sensible de tal entreveramiento”⁵⁵⁵.

Decir que brota de la interacción de ámbitos es lo mismo que decir que se administra una Justicia que “*emana del pueblo*” (en expresión del Art. 117 de nuestra vigente Constitución): al dictar la Sentencia se ubica el fenómeno al que la misma debía aplicarse en la Justicia que exige dicho pueblo.

“Dictar sentencia....significa “ambitalizar”....convertir en espacios lúdicos los meros campos de interrelación física”. Y en expresión del mismo autor “Ambitalizar significa hacer entrar en relación de interferencia a realidades que ya de por sí son ámbitos de realidad, centros de realidad y autodespliegue, no meros objetos. Estas realidades ambítales son reales y definidas, pero no delimitadas al modo de las entidades objetivistas –mensurables y asibles-”⁵⁵⁶.

Lo dicho para las Sentencias, que son la expresión documental de dicha ambitalización normativa a quien desarrolla una conducta contraria a la norma de modo forzoso, se hace también necesario en los casos en los que la coactividad no es necesaria (por tratarse de un caso de cumplimiento voluntario) o resulta legalmente imposible (por no referirse a un supuesto de conducta impuesta o prohibida legalmente, y por tanto susceptible de imposición coactiva). Un CDC sería la “plasmación sensible” de “la interacción del ámbito social, con sus normatividades peculiares” para los casos no legislados, o aquellos en que se produce un cumplimiento voluntario. Casos en los cuales no va a haber Sentencia, pero en los que si puede resultar necesario que haya un elemento susceptible de percepción que suscite la confianza de que se va a observar o se está observando determinada conducta. Conducta que, por legal y ética se reputa valiosa y ejemplar y que en un mundo donde lo visible y sensible, y donde lo reputacional, importan más de lo que a veces se dice,

⁵⁵⁵ LÓPEZ QUINTÁS, A. *Estética de la creatividad...Ob. Cit.* Pág. 254.

⁵⁵⁶ LÓPEZ QUINTÁS, A. *Estética de la creatividad...Ob. Cit.* Pág. 246.

requiere de un elemento visible capaz de suscitar una percepción positiva. Y es que el Derecho se diferencia de los usos por la “distinta formulación en que su regulación se presenta...con una formulación lingüística precisa, estricta y que generalmente nos viene dada con textos escritos”⁵⁵⁷. Los CDCs serían propuestas de uso o instrumentos normativos o contractuales con formulación jurídica. A veces son Derecho. Pero incluso cuando no son, aspiran a suscitar la misma percepción que suscita el Derecho, observando la misma formalidad⁵⁵⁸ procurando con ello la misma legitimidad⁵⁵⁹.

A este respecto no se puede olvidar, volviendo al problema de la relación entre la Moral y el Derecho, que

“la ética (no la moral social, sino la moral justificada, la moral crítica), no pertenece al mundo del ser, sino al del deber ser; no habla de lo que hay sino de lo que no hay (y debería de haber)” (ATIENZA)⁵⁶⁰.

A decir de MUGUERZA “la ética no es de este mundo”⁵⁶¹ en tanto está en dicho campo deber ser. Sin embargo el “Derecho si que es de este mundo” (ATIENZA⁵⁶²) en tanto es. Vistos los CDCs en el ámbito de la relación Derecho-

⁵⁵⁷ RODRÍGUEZ MOLINERO, M. *Introducción....Ob. Cit.* Pág. 67.

⁵⁵⁸ Recogiendo las tres formas de dominación de WEBER (legal, tradicional y carismática), ATIENZA, admitiendo que la tradicional y la carismática son Derecho aunque de carácter inferior (*Ob. Cit.* Pág. 143), señala que lo que diferencia al Derecho propio de la forma de legitimidad legal burocrática sería la racionalidad derivada de la previsibilidad del contenido de las normas y sus modos de producción, pero también el someterse a cierta formalidad de creación.

⁵⁵⁹ Y es que, aunque WEBER describe tres formas de dominación, no lo hace señalando que las tres sean justas. Por ello se ha sugerido referirse a la justicia de los sistemas jurídicos correspondientes a las formas de dominación con “legitimidad” en lugar de con legitimación” (ATIENZA, M. *Ob. Cit.* Pág. 144).

⁵⁶⁰ *El sentido....Ob. Cit.* Pág. 126.

⁵⁶¹ MUGUERZA, J. *Desde la perplejidad*. Fondo de Cultura Económica. Mexico 1990. Citado por ATIENZA, M. *El sentido....Ob. Cit.* Pág. 126.

⁵⁶² *El sentido....Ob. Cit.* Pág. 126.

Moral, admitiendo que es cierto que a veces son Moral y no Derecho, lo cierto es que pretenden una formalización igual a la jurídica, para al menos estéticamente ser como el Derecho. En este sentido son tal vez expresión perceptible de la unidad del orden moral a la que antes hemos hecho referencia y que nos permite comprender mejor el fenómeno autorregulatorio.

Por otra parte, debemos reparar en que se ha destacado que hoy en día el artista procede con mucha mayor independencia que en otras épocas respecto de la sociedad⁵⁶³. Así como, hasta la generalización de la lectura, el arte oral determinaba una mayor responsabilidad y sociabilidad del artista para con el entorno ante el cual recitaba, en la actualidad el arte se ha subjetivizado hasta un predominio de la exaltación subjetiva del artista sobre el servicio objetivista que el mismo podría pensar⁵⁶⁴. Sin entrar a valorar positiva ni negativamente el fenómeno, debemos tenerlo en cuenta, pues conlleva como consecuencia que hoy apenas existe arte generador de buenas costumbres. A la ética, le falta su poética. Y en este contexto de falta, de algún modo, los CDC cobran un valor mayor como expresión literaria de unos valores colectivos cuya vuelta se reclama por muchos, pero que todavía no dispone de un arte propio capaz de difundirlos y consolidarlos⁵⁶⁵.

Esta concepción del arte como vehículo generador de buenas costumbres, no es compartida, hay que decirlo, por todos los tratadistas de la estética. No faltan quienes postulan la total autonomía del “arte por el arte”. Sin embargo,

⁵⁶³ PLAZAOLA, J. *Introducción a la estética*. Deusto, Bilbao 1991. Pág. 533.

⁵⁶⁴ Cfr. GOMÁ LANZÓN, J. *Materiales para una estética*. Universidad Pública de Navarra. Pamplona 2012. Pág. 36.

⁵⁶⁵ Como señala GOMÁ, invocando tal arte que se espera. GOMÁ LANZÓN, J. *Materiales para una estética*. Universidad Pública de Navarra. Pamplona 2012. Pág. 36.

no podemos desconocer que, aun cuando se postule la independencia del arte, el arte siempre parte de la realidad empírica.

Como indica ADORNO “las obras de arte son imitaciones de lo empíricamente vivo, aportando a esto lo que fuera le está negando”⁵⁶⁶. Y es que “la historia del arte, aunque es la historia del progreso de su autonomía, no ha podido extirpar este momento de dependencia y no solo por causa de las cadenas que se han echado sobre el arte”⁵⁶⁷. El propio autor no niega que “lo inexistente, lo irreal en el arte, no es libre respecto de lo existente”⁵⁶⁸.

Incluso para quienes no postulan que el arte genere buenas costumbres, no niegan que hay una dependencia del arte respecto de la realidad. Una realidad necesitada de transformación, con la cual el arte si que se compromete. Y es que, como el propio ADORNO señala “las obras se entienden por el deseo material de que cambien las cosas”⁵⁶⁹.

Aun cuando los CDCs no son sofisticadas manifestaciones literarias. Aun cuando no reconociésemos la necesidad de una poética generadora de prácticas acordes con determinada ética, lo cierto es que, a la hora de analizar lo perceptible y su creación, desde diferentes posiciones éticas se postula que la realidad influye en la creación de lo perceptible, aunque sea para que esa creación exprese el deseo de que la realidad cambie. Los CDCs, aunque no admitamos un arte moralizante, serían siempre una expresión sensible que parte de una realidad necesitada de buenas conductas y que, aunque no llegue a expresar lo que debería ser la realidad con ánimo de que alguien aprenda el deber ser, si expresa “un deseo de que cambien las cosas”.

⁵⁶⁶ ADORNO, T. *Teoría estética*. Taurus, 1990. Pág. 14.

⁵⁶⁷ ADORNO, T. *Teoría estética*. Ob. Cit. Pág. 15.

⁵⁶⁸ ADORNO, T. *Teoría estética*. Ob. Cit. Pág. 17.

⁵⁶⁹ ADORNO, T. *Teoría estética*. Ob. Cit. Pág. 321.

6.2 Una explicación socio-política

6.2.1 Los CDC en el contexto actual

Considerados los apartados anteriores, en los que hemos analizado el problema de la naturaleza de los códigos de conducta y su explicación filosófica, podemos sentar algunas bases, a modo de recapitulación, para abordar el problema procurando una explicación en el actual contexto general:

1º Lo primero que procede señalar es que los CDCs a veces son actos jurídicos susceptibles de producir efectos coactivos para la persona o entidad que se autorreguló dictándose a sí misma una determinado conducta. Así ocurre cuando los CDCs claramente tienen encaje entre las prestaciones accesorias de un contrato, o bien cuando forman parte del mismo o están claros sus efectos como declaración unilateral, o bien como parte de un estatuto autorregulador de la conducta de una persona o de un ente (sea *ad intra* o *ad extra* de la entidad correspondiente).

En los casos a que nos referimos, el CDC será exigible coactivamente por quien tenga la legitimación activa según el tipo de relación jurídica que en su caso se haya sentado a través de la correspondiente fuente de obligaciones.

2º Ahora bien, por el problema indicado más arriba de la relatividad⁵⁷⁰, o del espacio⁵⁷¹, puede ocurrir que en determinados espacios o respecto de

⁵⁷⁰ En ocasiones el CDC forma parte del contenido de una relación jurídica en la que alguien interesado en que se cumpla no tiene la condición de acreedor: pensemos en el consumidor respecto de las exigencias de conducta que una empresa impone a sus empleados o proveedores.

⁵⁷¹ En ocasiones, el CDC puede integrarse en un contrato, o la conducta venir exigida por una ley que sólo rige en un espacio determinado. Fuera del mismo, la obligatoriedad jurídico coactiva de la regla de conducta no es la misma, lo cual no obsta a una exigencia moral o cívica que en su caso se quiera imponer al ente autorregulado.

determinadas personas, un CDC jurídicamente coactivo en un espacio y respecto a personas determinadas, no sea coactivo respecto de otras.

Respecto de éstas personas, entra en juego la exigibilidad no coactiva a la que nos hemos referido en el apartado anterior.

3º Junto a los dos casos anteriores, debemos señalar el problema de aquellos CDC que no tienen naturaleza jurídica. En ocasiones, en efecto, los códigos son simples prescripciones morales o de otro tipo que se impone a sí un agente del mercado queriendo satisfacer un deseo de ejemplaridad que se aprecia por la comunidad. En estos casos, nos encontramos ante un deber que una entidad se impone a sí misma y respecto de la cual, el incumplimiento no va a acarrear más sanción que el deber de dar explicaciones o la falta de reputación social por parte de los ciudadanos⁵⁷².

En una situación similar a la que describimos se encontrarían aquellos CDCs que son llamados por una ley, sin concederle efectos jurídicos, aquellas normas que fijan una conducta sin fijar una sanción para el caso de incumplimiento de la misma, así como las normas de conducta impuestas por la costumbre social.

Respecto de éstos supuestos habría que preguntarse: ¿qué valor tienen los CDCs?, ¿Se pueden exigir de alguna forma?

⁵⁷² Lo cual puede tener efectos devastadores para una empresa que vende bienes o presta servicios en el mercado si el reproche se traduce en la caída del consumo. La sanción puede ser mucho más dura y tener efecto mucho más intensos que cualquier tipo de sanción jurídica pecuniaria que en su caso se quiera interponer. Se produce la que BETTI llama “pérdida o disminución del crédito social, con la consiguiente imposibilidad o dificultad de realizar nuevos tratos” como consecuencia del incumplimiento de acuerdos que, aunque no tengan efectos jurídico- coactivos, se reputan obligatorios por los interesados (BETTI, E. *Ob. Cit.* BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*. EDERSA, Madrid. Págs. 43 y 44).

La respuesta a estas preguntas requiere ir más allá de lo estrictamente jurídico (al menos en el sentido de jurídico- coactivo) e ir al ámbito de lo social, político o sociológico.

Ello nos lleva a traer a colación algunas ideas que se han ido difundiendo en los últimos tiempos por parte de autores de diferentes tendencias ideológicas. Ideas que tienen en común la tendencia a reclamar un *minimum* de valores cívicos y que influyen en la conformación de la opinión del momento. Opinión que es tenida en cuenta por los operadores del mercado y que es la que determina que se tienda a ofrecer *algo más* que lo meramente exigible en juicio.

6.2.2 Un nuevo contexto demanda nuevas ideas

6.2.2.1 La constatación de la necesidad de valores

La situación a la que ha llegado el mundo tras un largo tiempo marcado por un amplio margen de libertad fruto de una gran tarea de emancipación, ha dado lugar a que ciertos autores reclamen la necesidad de promover las virtudes como único modo de lograr una república madura.

La clave de éstas doctrinas⁵⁷³ que reclaman, desde un lado y otro de los espectros ideológicos la vuelta a la virtud estaría más, no tanto en rechazar el liberalismo, sino en “procurar elevar su práctica pidiéndole que se abra a formas

⁵⁷³ Entre ellas, debemos citar como más destacadas:

1º MC INTYRE, A. *Tras la virtud* (Paidós, Barcelona 2001 –la versión original es de 1981-);

2º SANDEL, M. *El liberalismo y los límites de la Justicia; Democracys Discontent. America in Search of a Public Philosophy*. Harvard University Press, 1996; *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales de los mercados*. Debate, 2013.

El autor fue entrevistado por el blog HayDerecho
<http://hayderecho.com/2013/12/18/entrevista-al-profesor-de-harvard-michael-sandel/>

3º PETTIT, P. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Paidós, Barcelona 1999).

superiores” (GOMÁ⁵⁷⁴). Se procura entonces diferenciar lo que hay derecho a hacer o no, lo que obliga o no el Derecho, de la opción moral buena: por el hecho de que algo no sea obligatorio, no se debe considerar que las conductas viciosas desarrolladas en el margen de permisividad deban ser buenas⁵⁷⁵.

Desde estas ideas que reclaman la “elevación” de la *polis* de acuerdo a valores que no se impongan pero que se promuevan, se puede comprender el fenómeno de los códigos de conducta (ya sea surgido por voluntad de los autorregulados –buscando hacer bien o buscando adhesiones o las dos cosas-, ya sea promovido por el Estado) como un intento de promover ciertos valores aun sin necesidad de imponer los mismos. Los CDCs son de algún modo el reflejo de el estado de opinión que suscitan las aportaciones intelectuales de estos autores “neorrepublicanos”: al demandarse un comportamiento moralmente bueno, aunque no sea susceptible de imposición forzosa, se procura promover el mismo mediante CDCs o bien mostrar que el compromiso de observarlo mediante los mismos. Tanto si los CDCs obtienen un efecto vinculante subsumiéndose en una fuente de obligaciones, como si no, implican un compromiso con determinados valores⁵⁷⁶.

6.2.2.2 Justicia y algo más: la lógica del don

⁵⁷⁴ GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad pública*. Taurus, Madrid 2014. Pág. 191.

⁵⁷⁵ A decir de GOMÁ, “Se impone distinguir entre lo que, desde una perspectiva jurídico- social, tenemos derecho a hacer, porque somos ciudadanos libres y el Derecho no lo castiga, y la opción moral por lo bueno: por la vida buena, por el bien común. Y así, se puede estar decididamente a favor de la conversión de la libertad individual en Derecho positivo, hallando en ello un claro progreso moral de la humanidad, y afirmar al mismo tiempo y con energía que ese progreso no implica que todas las opciones morales que comprende el ejercicio de ese derecho sean de idéntico valor, neutras para la axiología” (*Ejemplaridad...Ob. Cít.* Pág. 192).

⁵⁷⁶ Valores presentes en todo caso en el Derecho privado, y que han tenido su influencia en el campo de la autonomía privada, como recuerda DE CASTRO, F. de. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985. Pág.16.

Además de las ideas reclamando la importancia de los valores que se desprende de la doctrina citada en el apartado anterior, debemos señalar que los tiempos presentes, en los que la autorregulación se desarrolla, existe un estado de opinión tendente a señalar la insuficiencia del mercado y del Estado para alcanzar la meta del bien común. En efecto, nadie duda de que el Estado va a hacer su papel, regido por la justicia distributiva. Tampoco niega nadie que en el mercado hay determinados acuerdos que son jurídicamente obligatorios, y que de los contratos que instrumentan el intercambio se derivan una serie de obligaciones exigibles coactivamente, las cuales responden a la justicia conmutativa. Sin embargo, según cierta opinión, los tiempos presentes requieren algo más: por un lado, que se observe una conducta cívica acorde a lo que se estima valioso, más allá de que entre en la letra de la ley o de los contratos; por otra, que además de lo distributivo o de lo conmutativo, se puedan intercambiar dones o prestaciones gratuitas. Primero, porque probablemente sólo así se pueda abordar el problema del subdesarrollo (más allá del intercambio conmutativo o de los deberes políticos electorales de los gobiernos); y segundo, porque humanamente es necesario, pues hay que partir de que “el atractivo de las personas por el don es tan fuerte como el interés por el beneficio o las ganancias” (LARRU⁵⁷⁷). Elocuente al respecto, BENEDICTO XVI ha señalado que además de mejorar las transacciones comerciales conmutativas y las transferencias a través del sistema asistencial del Estado, es preciso promover formas de actividad donde la gratuidad y la comunión sean lo fundamental.

⁵⁷⁷ LARRÚ RAMOS, J.D. “El discernimiento, ¿fruto o producto?”. En GRANADOS, L. y DE RIBERA, I. *El misterio de la fecundidad*. Didaskalos, Burgos 2011. Pág. 115.

“Cuando la lógica del mercado y la lógica del Estado se ponen de acuerdo para mantener el monopolio de sus respectivos ámbitos de influencia, se debilita a la larga la solidaridad en las relaciones entre los ciudadanos, la participación, el sentido de pertenencia y el obrar gratuitamente, que no se identifican con el «dar para tener», propio de la lógica de la compraventa, ni con el «dar por deber», propio de la lógica de las intervenciones públicas, que el Estado impone por ley. La victoria sobre el subdesarrollo requiere actuar no sólo en la mejora de las transacciones basadas en la compraventa, o en las transferencias de las estructuras asistenciales de carácter público, sino sobre todo en la apertura progresiva en el contexto mundial a formas de actividad económica caracterizada por ciertos márgenes de gratuidad y comunión. El binomio exclusivo mercado-Estado corroe la sociabilidad, mientras que las formas de economía solidaria, que encuentran su mejor terreno en la sociedad civil aunque no se reducen a ella, crean sociabilidad. El mercado de la gratuidad no existe y las actitudes gratuitas no se pueden prescribir por ley. Sin embargo, tanto el mercado como la política tienen necesidad de personas abiertas al don recíproco”⁵⁷⁸.

A partir de esta necesidad de don recíproco, reclama el autor la necesidad de un concepto de la empresa más amplio⁵⁷⁹ que el estrictamente sujeto a las necesidades del mercado. Un tipo de empresa que partiendo de la misma como acto humano, integre algo más que sólo la búsqueda del beneficio, asumiendo con ello un significado polivalente en el que se integren tanto el beneficio (*profit*) como la contribución gratuita al bien común (hoy en día se habla de empresas *non profit*)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, 39.

⁵⁷⁹ “Las actuales dinámicas económicas internacionales, caracterizadas por graves distorsiones y disfunciones, requieren también cambios profundos en el modo de entender la empresa. Antiguas modalidades de la vida empresarial van desapareciendo, mientras otras más prometedoras se perfilan en el horizonte. Uno de los mayores riesgos es sin duda que la empresa responda casi exclusivamente a las expectativas de los inversores en detrimento de su dimensión social” (BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, 40).

⁵⁸⁰ Profundizando, añade que “A este respecto, es útil observar que la iniciativa empresarial tiene, y debe asumir cada vez más, un significado polivalente. El predominio persistente del binomio mercado-Estado nos ha acostumbrado a pensar exclusivamente en el empresario privado de tipo capitalista por un lado y en el directivo estatal por otro. En realidad, la iniciativa empresarial se ha de entender de modo articulado. Así lo revelan diversas motivaciones metaeconómicas. El ser empresario, antes de tener un significado profesional, tiene un significado humano. Es propio de todo trabajo visto como «*actus personae*» y por eso es bueno que todo trabajador tenga la posibilidad de dar la propia aportación a su labor, de modo que él mismo «sea consciente de que está trabajando en algo propio». Por eso, Pablo VI enseñaba que «todo trabajador es un creador». Precisamente para responder a las exigencias y a la dignidad de quien trabaja, y a las necesidades de la sociedad, existen varios tipos de empresas, más allá de la pura distinción entre «privado» y «público». Cada una requiere y manifiesta una capacidad

La autorregulación, más allá de lo estrictamente obligatorio por ley y de las exigencias derivadas de la lógica del Mercado (justicia conmutativa) y de la del Estado (justicia distributiva), procura responder a la necesidad de que la empresa se entienda más allá del simple beneficio, acogiendo elementos más propios del *non profit* en las empresas *profit*. Aun cuando no pase de ser una declaración de intenciones en los casos en que no tiene encaje en una obligación jurídico- coactiva (que, con todo, obliga a cumplir o explicar y crea una pauta de conducta que es voluntariamente observada en muchos casos), pretende ir más allá del beneficio. De este modo, las fuentes coactivas del Derecho serían el instrumento propio para la redistribución o el beneficio empresarial, y los códigos de conducta el instrumento para la gratuidad y el don que pueden actuar como complementarios de los anteriores.

En efecto, si nos limitamos al beneficio o a lo exigible en estricto Derecho coactivo (sea al Estado, sea al mercado), muchas de las prescripciones de los CDCs carecen de eficacia. Lo que habría que preguntarse es, ¿tiene lógica esa falta de eficacia? Es evidente que si, en tanto estamos en el terreno del *algo más* que lo estrictamente debido (sea en una relación que responda a la justicia distributiva o por la justicia conmutativa): las conductas que determinan los CDCs van más allá. Siendo esto así, habría que preguntarse a qué lógica responden. Los párrafos anteriores nos muestran que responden a la lógica del don. Ello no significa que haya un espíritu de donación tan grande como la

de iniciativa empresarial específica. Para realizar una economía que en el futuro próximo sepa ponerse al servicio del bien común nacional y mundial, es oportuno tener en cuenta este significado amplio de iniciativa empresarial. Esta concepción más amplia favorece el intercambio y la mutua configuración entre los diversos tipos de iniciativa empresarial, con transvase de competencias del mundo *non profit* al *profit* y viceversa, del público al propio de la sociedad civil, del de las economías avanzadas al de países en vía de desarrollo” (BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, 41).

cantidad de CDCs, sino que la sociedad en la que éstos pretenden crear una determinada confianza demanda dicha lógica del don y demanda una concepción de la empresa que vaya más allá del mero beneficio. Y para crear confianza y responder a esa demanda de tan exigentes consumidores es para lo que se producen los CDCs: para ofrecer una regla perceptible⁵⁸¹ que rija la conducta de los entes autorregulados más allá de lo meramente debido.

6.2.2.3 La teoría de la ejemplaridad

Desde el comienzo del presente estudio, hemos destacado la importancia que se ha dado por la conocida como “teoría de la ejemplaridad” a las costumbres⁵⁸², profundizando en el valor de las mismas para asegurar el orden más allá de la ley⁵⁸³, con las consecuencias correspondientes para el proceso civilizatorio y la (re) generación de la *polis*.

Dicha teoría, contiene afirmaciones sumamente interesantes a la hora de comprender el proceso socio- político que ha dado como fruto los CDCs. Parte la teoría de que, tras un proceso de emancipación (el tenido lugar desde la ilustración hasta la actualidad), es necesario un proceso civilizatorio en el que el ideal de la ejemplaridad pública, igualitaria y secularizada ejerza su papel

⁵⁸¹ No se puede olvidar la indicada importancia de la estética que hemos señalado en el capítulo 2.

⁵⁸² Ver capítulos relativos a las fuentes y la filosofía del Derecho.

⁵⁸³ Lo cual tiene unas importantes consecuencias en la importancia que podamos dar a la costumbre *secundum legem*.

persuasivo para conseguir un bien que ya no se puede ni se debe imponer por medio de la fuerza ni la coacción⁵⁸⁴.

La idea fundamental es que la victoria por parte de la libertad frente a la coacción⁵⁸⁵ ha generado un “subjetivismo romántico y antisocial” que conlleva, según el esquema de MARCUSE⁵⁸⁶ una liberación de las personas respecto de las dos tradicionales instituciones de la eticidad: trabajo⁵⁸⁷ y familia.

Llegados a una sociedad así, la generación de “buenas costumbres” capaces de sustituir a las costumbres generadoras de virtudes que fueron propias de la época de la que se ha emancipado el mundo, constituye una verdadera necesidad; y se chocan con la dificultad de que la generación de virtud a través del sometimiento a un orden coactivo no es admitida, debiendo cubrirse esta necesidad por vías diferentes que los órdenes coactivos tradicionales.

¿Cómo cubrirla? A decir de la teoría, es precisa una nueva *paideia* democrática⁵⁸⁸. La misma parte de la existencia de una red de influencias

⁵⁸⁴ “En esta situación, ¿por qué el ciudadano debe aceptar las limitaciones y deberes inherentes a una civilizada vida en común?, ¿por qué optar por la virtud y no por la barbarie? El libro propone el ideal de la ejemplaridad pública, igualitaria y secularizada, como principio organizador de la democracia en la convicción de que, en esta época postnihilista, en la que el autoritarismo y coerción han perdido definitivamente su poder cohesionador, sólo la fuerza persuasiva del ejemplo virtuoso, generador de costumbres cívicas, es capaz de promover la auténtica emancipación del ciudadano” (GOMÁ LANZON, “Tetralogía de la ejemplaridad: presentación”. En *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid 2014. Pág. 12).

⁵⁸⁵ Al respecto del cual, cita las obras de KANT y MILL. Vid. *Ejemplaridad publica* II. 6.

⁵⁸⁶ Cfr. MARCUSE, H. *Eros y civilización*, Ariel, Barcelona 2010.

⁵⁸⁷ La liberación del trabajo entendida en el sentido de las posibilidades (subsídios, pensiones, redes de cobertura etc) de vivir obteniendo el sustento mínimo sin necesidad de trabajar.

⁵⁸⁸ *Ejemplaridad pública*, IV. Ob. Cit 2014. Págs. 139 a 173.

mutuas⁵⁸⁹ en la que todos somos personajes públicos, y en la que hay sujetos cuyo ejemplo es además ejemplar⁵⁹⁰.

Retomando el esquema de las formas de legitimidad de WEBER⁵⁹¹ (legal-racional-burocrática; tradicional; carismática), GOMÁ propone que el ejemplo vuelva a suscitar buenas costumbres a partir de la dinámica que el carisma de ciertos sujetos es capaz de infundir en la sociedad. Para ello, eso si, reclama una nueva concepción del carisma⁵⁹², no como cualidad extraordinaria irreconciliable con el mundo moderno (que es lo que entiende WEBER, quien cree que “el carisma es siempre una energía extraña a las reglas”⁵⁹³) sino como cualidad capaz de ejercer en el mismo de levadura. El carisma no es algo irracional, sino que un carisma ejemplar⁵⁹⁴ gozaría de una racionalidad que

⁵⁸⁹ *Ejemplaridad pública*, VIII, 24. Ob Cit. Págs. 281 a 288.

⁵⁹⁰ *Ejemplaridad pública*, VII, 21. Ob Cit. Págs. 247 a 253.

⁵⁹¹ WEBER, M. *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. 2ª Edición en español (traducción de MEDINA ECHEVARRÍA, J.; ROURA PARELLA, J.; GARCÍA MAÍNEZ, E.; IMAZ, E., FERRATER MORA, J.), de la cuarta en alemán, reimpresión primera. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

⁵⁹² La concepción del carisma que se reclama implica, en realidad, entenderlo como algo más ordinario de cómo lo entiende WEBER, quien considera que viene a ser una suerte de cualidad extraordinaria capaz de engendrar una forma de legitimidad. Desde ese punto de vista, el carisma sería contrapuesto a la institución: por ello WEBER considera que, pasado un tiempo, el carisma o bien se desencanta (y se integra en la legitimidad legal- burocrática) o bien se rutiniza (y se integra en formas de legitimidad tradicionales). Si, en cambio, entendemos el carisma en un sentido más ordinario, el mismo no tiene por qué ser extraño a la racionalidad y a la estructura legal- burocrática, sino que puede fermentar la misma. No tiene por qué ser contrapuesto a la institución, sino que puede ser fiel a ella, y servir al bien de la institución.

⁵⁹³ GOMÁ, *Ejemplaridad...* Ob Cit. Pág. 327.

⁵⁹⁴ “La ejemplaridad presta al carisma un fundamento racional. No todo ejemplo es ejemplar, sólo aquel que se abre al orden simbólico y universal del que es ejemplo” (GOMÁ, *Ejemplaridad...* Ob Cit. Pág. 327).

además es necesaria para una dinámica creadora de buenas costumbres⁵⁹⁵.
Dinámica en la que la virtud carismática juega un importante papel⁵⁹⁶.

Tras el proceso liberatorio, el proceso civilizatorio en marcha requiere de nuevas costumbres. Nuevas costumbres en las que la aportación humana, tradicional o carismática, tienen un rol muy importante: el rol de introducir conciencia y corazón a la fría estructura legal- burocrática.

Llevado el esquema de la teoría de la ejemplaridad al Derecho, se sigue la necesidad de que las costumbres (*secundum legem*) permitan un desarrollo de la ley. Costumbres que no son ni mucho menos incompatibles con la ley, incluso dentro del esquema de Derecho y poder que se sigue de las formas de legitimidad de WEBER, pues este no niega el Derecho en las formas de organización no sometidas a la dominación legal, sino que simplemente señala la superioridad de esta sobre otras formas de dominación⁵⁹⁷.

Ahora bien, el que sea superior, el que exista una jerarquía de fuentes (art. 1 CC) no implica ni mucho menos que se pueda prescindir de la costumbre

⁵⁹⁵ “Sin carisma (sin el sentimiento de atracción de la espontaneidad del sujeto y el libre consentimiento de este), el recurso a la coacción se hace inevitable porque la virtud cívica, despojada de la inclinación sentimental del yo, es injustificada anulación de la individualidad, que no puede exigirse a nadie sino sólo imponerse con violencia”. GOMÁ, *Ejemplaridad... Ob Cit.* Pág. 323.

⁵⁹⁶ “La ejemplaridad finito- igualitaria, entendida como virtud carismática creadora de costumbres, recupera para la modernidad preteridas fuentes de legitimidad moral y política que en las presentes circunstancias se muestran más necesarias que nunca porque sólo ellas proveen al yo, y nunca la espada de la ley, de razones atractivas a su corazón y convincentes en conciencia para optar por la vida cívica” (GOMÁ, *Ejemplaridad... Ob Cit.* Pág. 324).

⁵⁹⁷ Señalando al respecto ATIENZA que “hablar de “dominación legal no significa, sin embargo, que, de acuerdo con Weber no exista –o haya existido- Derecho en los sistemas de dominación distintos al que se establece en Occidente a partir de la Edad Moderna. Lo que si puede decirse es que ese Derecho –de acuerdo con Weber- vendría a ser en cierto modo superior a los que le anteceden, por ser la máxima expresión del tipo de racionalidad a la que el autor llama racionalidad formal”(ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona 2012, pág. 143).

y por tanto del carisma en la realización de la ley. De otro modo (si se prescinde) ocurrirá que a una ley fallida seguirán otras...⁵⁹⁸.

Frente a este resultado lamentable del proceso político- legislativo, cabe la opción de contar con la costumbre, no como un enemigo (que es como parecieron verla sus contradictores del siglo XIX) sino como un aliado “de manera que...la *vis atractiva* del ejemplo” se ponga al servicio de la “*vis directiva*”⁵⁹⁹ de la ejemplaridad”⁶⁰⁰.

Ahora bien, la persona necesita de elementos visibles. Necesita reducir a palabras lo que tal vez sean creencias que todos comprenden. Por otro lado, el Derecho propio de la forma de dominación legal- burocrática se reputa racional por la previsibilidad de normas generales y abstractas, producidas con formalidades ciertas⁶⁰¹.

Y tal vez a eso responden los CDC: sería una expresión perceptible⁶⁰² y en forma similar a la de las leyes de las buenas conductas generadoras de

⁵⁹⁸ “El estatismo burocrático aprueba una ley y, cuando comprueba que no ha reformado los estilos de vida de las personas y el problema moral de fondo persiste como antes o agravado, reacciona aprobando una docena más. Supera su impotencia concentrando más poder” (GOMÁ, *Ejemplaridad... Ob Cit.* Pág. 328).

⁵⁹⁹ Evidentemente, para ello es preciso reconocer la fuerza directiva y no meramente coactiva del Derecho. Si esta fuerza realmente existe, como parece, entonces la teoría pura sería una suerte de cauce artificial que ha sido desbordado por el cauce natural donde la moral, la costumbre y la ley fluyen en la misma dirección, y no separadas como se pretendió. Al respecto, nos remitimos al capítulo 2.

⁶⁰⁰ GOMÁ, *Ejemplaridad... Ob Cit.* Pág. 328.

⁶⁰¹ “La previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales y abstractas, dictadas por órganos preestablecidos por el propio Derecho; no se recurre, por lo tanto, ni a medios que están fuera de la razón...ni a procedimiento arbitrarios no guiados por normas....Además la racionalidad del Derecho y del Estado modernos es formal, procedimental, en cuanto las decisiones jurídicas son eminentemente el resultado de procedimientos lógicos, que se basan en principios extraídos del propio sistema jurídico y no en principios de justicia sustantiva” (ATIENZA, *Ob. Cit.* Pág. 144).

⁶⁰² De ahí la conveniencia de valorarlas desde la estética, como hemos hecho en el apartado correspondiente del capítulo 2.

costumbres que se estiman como necesarias y ejemplares para el proceso civilizatorio en marcha. Ahora bien, el que se estimen buenas no implica que se considere lícito imponerlas por ley: primero, porque en el esquema de libertades propio del Estado democrático no cabe imponer ciertas conductas por muy virtuosas que sean; y segundo, porque aunque las impusiesen, si no van acompañadas de costumbres, no lograrán el resultado práctico pretendido, con lo cual la ley sola⁶⁰³ no llega⁶⁰⁴. Ante dicha impotencia, no queda más remedio que persuadir, promover, y suscitar la autorregulación: eso, y no otra cosa, es lo que pretenden los códigos de conducta.

6.2.3 Las minorías, la ejemplaridad, y la autorregulación

Ahora bien, admitiendo que sea precisa la recuperación de ciertos valores, que dicha recuperación pueda llevarse a cabo mediante la introducción en el orden social de la lógica del don además de la del Mercado y del Estado, o que la consecuencia de dichos valores y dicha lógica sea la generación de buenas costumbres, cabría preguntarse: ¿quién lleva a cabo tal labor (voluntaria y no forzada)?

Las anteriores teorías, parten necesariamente de la existencia de minorías que observan conductas susceptibles de imitación o seguimiento⁶⁰⁵ que se consideran socialmente valiosas, sean o no jurídico- coactivamente

⁶⁰³ “Leges sine moribus, vanae” (HORACIO).

⁶⁰⁴ A eso responde la afirmación de GOMÁ de que el Derecho es condición necesaria pero no suficiente. Cuando dice el Derecho se está refiriendo a la ley, pues si contamos con el Derecho incluyendo la costumbre a veces cabría entender que el mismo es condición necesaria y suficiente.

⁶⁰⁵ Seguimiento que puede sustanciarse en la adhesión mediante la generación de vínculos comerciales o de consumo.

obligatorias⁶⁰⁶. La atención por el papel de las minorías creativas en el proceso político no resulta nueva. Ahora bien, el concepto de minoría ha ido variando con el tiempo. No es lo mismo el concepto de minoría que pudo admitirse hace un siglo que el actual. Hasta cierto punto, el concepto de minoría de etapas más apolneas o de orden más rígido partía de la superioridad de una minoría llamada por esto egregia o selecta, y por tanto de la inferioridad de las conductas de la masa que dicha minoría estaba llamada a regenerar. Ello en la actualidad resulta inadmisibile, en tanto la ejemplaridad se plantea como finita e igualitaria, lo cual nos obliga a una mínima reflexión que tal vez nos ofrece la fijación del sujeto de la ejemplaridad.

6.2.3.1 La idea de minoría: evolución de un concepto en el último siglo

Hace aproximadamente un siglo, se consideraba que los líderes eran una minoría “superior” capaz de influir o transformar las masas. ORTEGA y GASSET habló de minorías egregias y en el siglo XX las ideologías, partidos y movimientos trabajaron con la idea de que una minoría selecta influía en la masa⁶⁰⁷. Por entonces se consideró que había una serie de cauces para que la minoría influyese sobre la masa como eran la enseñanza, la comunicación, la política, la cultura y las organizaciones. Esta consideración llevó a calificar de “selectos” a los profesores, periodistas, oradores, políticos, organizadores y

⁶⁰⁶ Lo cual concede un campo de juego a la costumbre y a la convención mucho más amplio de lo que los estrechos márgenes de una teoría pura del Derecho pueda admitir.

⁶⁰⁷ Son interesantes a éste respecto los escritos *Técnicas de formación de dirigentes, Cómo formar dirigentes y Lecciones que debemos aprender de la experiencia comunista*, del ex - comunista inglés Douglas HYDE (hay varias ediciones de diferentes épocas).

propagandistas⁶⁰⁸. Según ésta concepción de minoría egregia o de minoría selecta, hay unos que están por encima de los otros y los van influyendo. Sin embargo, en la concepción igualitaria de la sociedad a comienzos del siglo XXI dichas ideas no resultan tan claras. Casi nadie acepta, tras un proceso emancipatorio como el desarrollado en los últimos siglos en occidente, de forma consciente, que nadie esté por encima de él o ella. Y si se admite la idea de líder, se le admite más como autoridad⁶⁰⁹ (saber reconocido) que como potestad (o poder admitido sobre algo o alguien). De ahí que GOMÁ haya dicho que ORTEGA está inhabilitado⁶¹⁰ por su aristocratismo para la tarea de la *paideia* democrática que requiere el momento actual⁶¹¹.

6.2.3.2 Minorías y liderazgo: formas cambiantes, sustancia permanente

Ahora bien, GOMÁ si que se retiene una idea del esquema de ORTEGA y es que el cauce entre la minoría y la masa no es tanto hacer, decir, organizar, dirigir (...) sino la ejemplaridad: ser ejemplar es la mejor forma de influir, pues las personas “solo se dejan persuadir por la oferta convincente de sentido que centellea en el ejemplo unitario de una persona ejemplar”⁶¹².

⁶⁰⁸ AYALA, A. *Formación de selectos*. En *Obras Completas*. BAC. Madrid 1999. Pags. 237 y ss.

⁶⁰⁹ Sobre el concepto romano de auctoritas, vid. DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*. Ariel, 1999. El autor escribió un artículo en prensa de ese mismo título “Auctoritas” en *El País* del 71 de Enero de 1999, descargable en:

http://elpais.com/diario/1999/01/07/opinion/915663603_850215.html

⁶¹⁰De “elitismo de casta” se ha llegado a tildar en la época presente el esquema orteguiano de minoría- masa. Vid. DE DIEGO VILLAGRÁN, E. El “error Ortega”. en *La Ilustración liberal*. N° 9. <http://www.ilustracionliberal.com/9/el-error-ortega-enrique-de-diego.html>.

⁶¹¹ GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad pública*. Taurus. Madrid 2009. Pág 212.

⁶¹² GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad pública*. Ob. Cit. 2009. Pág 225.

Pero entonces ya no es alguien que se sabe o postula como superior quien influye, sino que alguien ejemplar suscita imitación en quien le elige libremente como modelo. Se valoran más los testigos que los maestros. Ello ofrece un campo de juego amplísimo a las conductas, e implica, visto desde el Derecho, la necesidad de fomentar (no tanto de imponer: Derecho persuasivo, una nueva articulación ley/costumbre), no sólo la civilidad de las mismas, sino más allá su ejemplaridad. A nadie le parece ya bastante para la generación de una *polis* madura con prohibir los daños, sino que hace falta algo más que no causar daño, la sociedad demanda que determinadas personas sean capaces de causar un bien al conjunto, aun sin sanción ni obligatoriedad de ningún tipo.

De lo anterior tal vez podamos extraer lo siguiente: aunque el esquema minoría- masa de hace un siglo ni nos vale ni nos debe valer (pues en la idea de masa va implícita la irresponsabilidad⁶¹³ de los que forman parte de la masa, que es precisamente lo que se pretende combatir suscitando conductas ejemplares) tal cual se planteó, no podemos negar que los cambios (para bien o para mal) los inician minorías. Minorías que no tienen por qué ser selectas, egregias etc, pero si que pueden ser creativas y ejemplares. Líderes hacen falta, pero líderes ejemplares, de ahí que se haya hablado con acierto de las virtudes

⁶¹³ La disolución de la propia responsabilidad en la masa fue destacada por Azaña en su tesis doctoral. Indica Gomá que “saliendo al paso de las teorías, entonces en boga, que argüían la disolución del individuo en los actos multitudinarios, víctima de fenómenos psíquicos de embriaguez colectiva como hipnotismo, contagio o sugestión, Azaña recomienda descomponer analíticamente la masa hasta llegar a sus elementos primeros y, al hacerlo, “hállase como factor primitivo”, escribe, “el ser racional, libre a pesar de todas las fuerzas que tienden a contrarrestar las de su voluntad, hombres a quienes en general ni la sugestión ni la tendencia imitativa, etcétera, llegan a modificar igualándolos a los brutos”. GOMÁ LANZÓN, J. “Mayoría selecta”. *El País*, 12 de Enero de 2013.

http://cultura.elpais.com/cultura/2013/01/11/actualidad/1357928213_463642.html

relacionales, la audacia y la magnanimidad como virtudes de la minoría creativa⁶¹⁴ cuando se trata de desarrollar esta un papel a la hora de la política.

6.2.3.3 La autorregulación de las minorías ejemplares y su papel dentro de la realización del Derecho

De lo anterior se sigue que el sujeto de la recuperación de los valores, de la lógica del don o de la ejemplaridad no va a ser la masa, sino que normalmente la responsabilidad recaerá en minorías. Dichas minorías serán las generadoras de prácticas, en tanto “conjunto de actividades cooperativas cuyo fin es la realización del bien interno y la búsqueda de los modelos de excelencia que le son propios” (MAC INTYRE⁶¹⁵). Prácticas capaces de generar buenas costumbres en el sentido indicado.

Ahora bien, la generación de costumbres requiere pautas cognoscibles y perceptibles. En otros momentos de la historia, la oralidad ha ocupado un papel mucho más amplio en la vida de la sociedad. Pero en una época marcada por la oralidad secundaria (ONG⁶¹⁶) o vicaria respecto de formas de comunicación escritas, se hace necesario que haya algo perceptible, y probablemente a eso responde el CDC: es una expresión escrita de las buenas costumbres ejemplares que se consideran valiosas en la sociedad y que los agentes del mercado (de la minoría a la mayoría, y por sucesiva imitación) están llamados a generar.

⁶¹⁴ Crr. GRANADOS GARCÍA, L. “Las virtudes de la minoría creativa”. En AA.VV (GRANADOS, L.-DE RIBERA, I Edit), *Minorías creativas*. Didaskalos, Burgos, 2011.

⁶¹⁵ MAC INTYRE, A. *Tras las virtud*. Crítica. Barcelona, 2001. Pág. 233.

⁶¹⁶ Como oralidad propia de la actual cultura de alta tecnología, en la que se mantiene una nueva oralidad mediante el teléfono, la radio, la televisión y otros aparatos electrónicos que para su existencia y funcionamiento dependen de la escritura y la impresión ONG, W.J. *Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra*, traducción de Angélica Scherp, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, 2da. imp. 1997. Pág. 21.

En tanto normas autoimpuestas, sobre todo si se recurre a los cauces marcados por el Derecho para la obligatoriedad coactiva, los CDC son la regla de conducta que la minoría se impone sin estar obligada.

En tanto normas auto-asumidas, en los casos en los que no hay encaje posible dentro de los cauces previstos por el Derecho⁶¹⁷, los CDCs constituyen una propuesta de costumbre en aquellos casos en los que la ley o no quiere o no puede o no debe ser quien primero proponga o imponga. En un contexto en el que la demanda de ejemplaridad requiere un Derecho persuasivo⁶¹⁸, los CDCs serían ese Derecho pero procedente de los propios sujetos auto- normados y con la obligatoriedad de todo acuerdo privado.

Si valoramos que dichas normas son capaces de crear costumbres, trayendo una concepción justa más allá de la estricta letra de la ley, entonces debemos valorar que las minorías autorreguladas están cumpliendo un papel en la realización del Derecho. En efecto, aun sin llegar a ser determinadas materias ley, o bien cuando los CDCs cooperan a la generación de una costumbre *secundum legem*, quienes los redactan, los promueven o los observan, contribuyen en la realización del Derecho⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Pensemos en la falta de una relación jurídica que hemos señalado en el capítulo 5.

⁶¹⁸ Derecho que es más abundante del que cabría pensar, si se valoran los abundantes casos de normas sin sanción.

⁶¹⁹ Decía DE CASTRO que “es preciso, en la sociedad organizada, que existan unos hombres encargados de preparar la redacción de las leyes y, sobre todo, de colaborar con el legislador en la tarea de defender a la Justicia y a la Ley de los ataques continuados que, abierta o fraudulentamente, sufre” (CASTRO Y BRAVO, F. de - *Derecho civil de España*. Civitas. Reedición faccismilar de la edición de 1949. Madrid, 1984. Pág. 485).

Y aunque bien es cierto que en la realización del Derecho el papel primero es de los juristas⁶²⁰, lo cierto es que personas que no son juristas pero que tienen un determinado sentido de la justicia, están cooperando a la realización del Derecho, ya sea favoreciendo una correcta aplicación de la ley (costumbres *secundum legem*), ya sea generando normas consuetudinarias en materias no legisladas⁶²¹. El papel de los juristas, evidentemente, será cooperar a que toda ésta floración jurídica discurra por los cauces naturales del Derecho: desde Roma, se consideró que los juristas desempeñaron un papel civilizatorio fundamental que les hacía comparables en dignidad a los militares⁶²² y a los políticos en cualquier tipo de situación⁶²³. Pero no se puede negar que determinadas minorías de ejemplar conducta están cooperando a la formación presente de la idea de Justicia promoviendo y cumpliendo CDCs.

Frente a esta visión ciertamente idealista y que se me podría tildar de ingenua, se podrá alegar que muchos lo único que pretenden es generar una apariencia de ejemplaridad por medio de los CDCs. Ciertamente es. Pero también es cierto que si lo pretenden es porque el consumidor les demanda la conducta considerada ejemplar. Y aunque no sean capaces nada más que de lo cosmético sin llegar a lo estético, ello es muestra de que hay un anhelo de Justicia y una

⁶²⁰ Esos hombres “son los juristas”, añadía DE CASTRO (*Ob. Cit.* Pág. 485), para terminar diciendo de ellos, citando a CICERÓN, que “el que lo es, es custodio de la justicia; el que no es esto, no es nada”.

⁶²¹ Lo cual bien podría ser visto como una actual manifestación de la *maiestas* que se predicaba del pueblo romano en la época de la República. Cfr. DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*. Ariel, 1999. Págs. 23-25 y las referencias que en el mismo se citan.

⁶²² “*Ad summos honores alios scientia iuris, alios eloquentia, alios gloria militaris*” (Tito Livio).

⁶²³ Sobre el papel civilizatorio del Derecho, según la doctrina clásica, y con aplicaciones a las sucesivas etapas de la historia (con especial referencia al “momento fundacional” de la España de los Reyes Católicos) vid. DE CASTRO, F. de. *Discurso correspondiente a la apertura del curso 1939- 1940*. Universidad de Madrid, 1939.

demanda que produce como resultado final la codificación (en sentido de CDC, no legal) de conductas ejemplares y la promoción de ciertas normas hasta el punto de suscitar la convicción de que existe un deber (con o sin sanción coactiva, pero de indudable fuerza directiva) de cumplir con la conducta exigida por el CDC⁶²⁴.

6.2.4 El fomento de la gratuidad por el Derecho

Relacionado con lo anterior, aunque desde otro ángulo y con otro matiz, habría que valorar que la promoción del fenómeno autorregulatorio está directamente relacionado con la que se conoce como labor de fomento que llevan a cabo los poderes públicos.

En efecto, por determinados autores actuales, según hemos visto, se demandan nuevos valores que no cuestionen el proceso emancipatorio completado. En el mismo tiempo y respecto del mismo contexto, ha enfatizado la lógica del don, junto a la del Estado y la del Mercado, como único modo de vencer al subdesarrollo⁶²⁵. Además, la teoría de la ejemplaridad demanda una nueva articulación ley/costumbre generando un Derecho persuasivo. Todo ello (valores, don, ejemplaridad), requiere de instrumentos que generen el resultado deseado. Entre esos instrumentos es evidente que están las subvenciones, las ayudas o incentivos fiscales al mecenazgo y otras técnicas de fomento.

⁶²⁴ El fenómeno generador está bien descrito por GOMÁ cuando dice que “Veremos germinar costumbres locales en múltiples pequeños focos, como ondas concéntricas producidas por una lluvia de piedras sobre las aguas remansadas de un estanque; y la intersección y el solapamiento de estas ondas ensancharán el círculo de las limitaciones colectivas hasta alcanzar la extensión de costumbres generales o constitucionales de la comunidad entera. Y así se generalizará la paideia democrática y la oferta a la ciudadanía de valores socio- individualizadotes convincentes” (*Ejemplaridad....Ob. Cit.* 2014. Pág. 328).

⁶²⁵ Cfr. *Ejemplaridad pública*, VI. 18

Entre ellas, resultan especialmente reseñables (en el actual contexto de escasez), las que no generan gasto y suscitan el compromiso de todos. Por ejemplo, en los estatutos o disposiciones vigentes de algunas de nuestras Universidades⁶²⁶, existen normas que contemplan la existencia de Profesores y Colaboradores honoríficos que, sin percibir honorarios a cambio, aportan sus conocimientos a dichas Universidades. En los concursos de plazas de Profesor, es frecuente en la práctica que la previa colaboración gratuita permita obtener algunos puntos en el capítulo de “otros méritos”. En términos similares (beneficio no dinerario), se reconocen puntos o beneficios por méritos en todo tipo de concursos para optar a plazas de empleados públicos.

Dichos beneficios incentivan una determinada conducta. La promoción de la autorregulación contemplada en las diferentes leyes constituye otro modo de hacer en este orden generador de colaboración y compromiso gratuito, lo cual resulta especialmente valioso en momentos de escasez presupuestaria, y demuestra que no todo debe ser a golpe de presupuesto, sino que tiene más que ver con el compromiso de observar una conducta ejemplar. A esto responde, sin ir más lejos, el CDC de cualquier Universidad⁶²⁷.

⁶²⁶ Cfr. Boletín Oficial de la Universidad Complutense de 1 (que recoge el acuerdo de 24 de Junio de 2013 relativo a los Profesores *ad honorem*) y 31 de Julio de 2013 (que recoge el acuerdo de 26 de Julio de 2013 relativo a los colaboradores honoríficos). En el mismo sentido el Reglamento vigente en la Universidad de Valladolid conforme al Art. 175 de sus Estatutos: http://www.uva.es/export/sites/uva/1.lauva/1.03.vicerrectorados/1.03.03.profesorado/_documentos/Colaboradores-Honorificos-tras-CG-7_mayo_2013.pdf

⁶²⁷ Cfr. Por ejemplo el CDC Complutense. [https://www.ucm.es/data/cont/docs/3-2013-02-19-21-Codigo%20de%20Conducta%20Complutense%20\(para%20impresión\).pdf](https://www.ucm.es/data/cont/docs/3-2013-02-19-21-Codigo%20de%20Conducta%20Complutense%20(para%20impresión).pdf)

6.2.5 Consumir es un acto político

Otro ángulo interesante del contexto sociológico y político en el que se manifiestan los CDCs es la afirmación de que “consumir es un acto político”⁶²⁸. La afirmación procede fundamentalmente de los defensores del comercio justo⁶²⁹, y de la conocida como soberanía alimentaria⁶³⁰ (independencia de un país o territorio a la hora de proveerse de alimentos). La idea ha ido calando y ya no faltan referencias a la misma desde diferentes sectores del pensamiento y la acción política: por ejemplo, las diferentes promociones de boicot a los productos de ciertos territorios como rechazo a sus pretensiones secesionistas⁶³¹. A medida que esta conciencia de que al consumir se favorecen determinados valores, los oferentes de bienes y servicios en el mercado saben que no basta con prestar el servicio o bien objeto del contrato, sino que hace falta algo más: una confianza, una ejemplaridad, un compromiso.

⁶²⁸ VILLADIEGO, L. y CASTRO, N. *Carro de combate. Consumir es un acto político*. Clave intelectual, 2014. Véase de las mismas autoras “El poder de nuestro carro de la compra: el consumo como acto político”. *El País*, 22 de Diciembre de 2014. <http://blogs.elpais.com/3500-millones/2014/12/el-poder-de-nuestro-carro-de-la-compra-el-consumo-como-acto-pol%C3%ADtico.html>

Ambos textos no pretenden desarrollar filosófica ni jurídicamente la idea del título, sino concienciar sobre el origen e impacto de la producción de ciertos alimentos para favorecer un consumo comprometido por parte de consumidores mejor informados.

⁶²⁹ Por ejemplo, la iniciativa “Carro de combate”, antecedente del libro de mismo título. <http://www.carrodecombate.com/>

⁶³⁰ La idea de soberanía alimentaria es habitual en varios movimientos comprometidos con el desarrollo de zonas periféricas. Entre sus defensores cabría mencionar a la líder sindicalista labrega y eurodiputada Lidia Senra. Un artículo suyo nos resulta muy clarificador: SENRA, L. “Soberanía alimentaria, ¿de qué hablamos?”. En *La Voz de Galicia*, 7 de Abril de 2014

http://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2014/04/07/soberania-alimentaria-falamos/0003_201404G7P12991.htm

⁶³¹ En la España de los últimos años han sido varias las iniciativas contra los productos catalanes (eludo reproducir ni citar ninguno de los 38.000 resultados a que da lugar la voz “boicot productos catalanes” en Google en Abril de 2015), pero no son las únicas.

Los CDCs en buena medida pretenden responder a esa demanda de esos compromisos, creando una reputación favorable capaz de suscitar confianza. Ello tiene una gran trascendencia desde la óptica del Derecho, pues si se suscita dicha confianza, aun sin incorporación al objeto del contrato de la conducta ejemplar⁶³² (pues no forma parte de la prestación⁶³³), se favorece un “crédito” (en el sentido impropio de fama- confianza, no en sentido de derecho de crédito) capaz de generar nuevos acuerdos privados (lo cual es de gran importancia en el ámbito de la autonomía privada, como señala BETTI⁶³⁴): la generación de dicha confianza (a veces a base de una incorporación contractual de los CDCs a ciertos contratos –v.gr. los que se cierran con los proveedores-, para generar confianza en otros –los celebrados con consumidores-) nos muestra el campo de juego de la ejemplaridad en el Derecho privado.

⁶³² Lo cual no obsta a que se pueda considerar jurídico el deber de cumplir las prescripciones del CDC: véase el apartado correspondiente al deber jurídico en el capítulo 5.

⁶³³ Véase el apartado correspondiente al objeto de los contratos.

⁶³⁴ Cfr. BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico...Ob. Cit.* Págs. 43 y 44.

PARTE SEGUNDA.-

LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y SU PAPEL EN EL MERCADO INMOBILIARIO

1. Delimitación de la materia: el Derecho registral, el inmobiliario y el hipotecario

El ámbito en el que se desarrolla la autorregulación es excesivamente amplio, casi coincidente con la realidad misma regida por el Derecho privado (y parte del público). Han sido abundantes los estudios que en esta materia han ido surgiendo, fundamentalmente en el ámbito del Derecho Mercantil (especialmente en el sector del Derecho de sociedades –administración, buen gobierno, cotizadas, mercado de valores etc.-) y del Civil (fundamentalmente en relación a los consumidores, y en el ámbito de la parte de Derecho de obligaciones). Sin embargo, una rama (o sub rama⁶³⁵) en la que apenas se ha estudiado el fenómeno es lo que podríamos llamar Derecho Registral e Inmobiliario.

El concepto de Derecho Registral e Inmobiliario en España es de compleja delimitación. En los planes de estudio no es extraño encontrarse una parte del Civil conocida como “Derecho Inmobiliario registral”⁶³⁶, que en algunos casos llega a ser asignatura independiente. La existencia de una Ley sobre el Registro de la Propiedad Inmueble (o Ley Hipotecaria), de gran

⁶³⁵ En general no se ha considerado que estemos ante una rama autónoma aunque al respecto hay opiniones. La más acertada tal vez sea la de LACRUZ, quien destacó que no puede decirse que el Derecho Hipotecario sea en bloque ni civil ni administrativo ni procesal, sino que sus normas lo son (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957. Pág. 20). Y el propio LACRUZ admitía el carácter procesal y administrativo de muchas de las normas de la legislación y el reglamento hipotecario (p. 19).

⁶³⁶ En el actual plan de la Universidad Complutense, existe propiamente una asignatura llamada “Derecho Inmobiliario” que aborda las materias tradicionalmente agrupadas bajo la denominación “Derecho Inmobiliario Registral”. Cfr. Guía docente <http://derecho.ucm.es/derecho-inmobiliario>

importancia en la práctica forense, ha llevado al cultivo del estudio de todo lo que tiene que ver con dicha parte del ordenamiento bajo el nombre de Derecho Inmobiliario Registral o de Derecho Hipotecario⁶³⁷. LACRUZ dijo que “obedece esta denominación al título de la Ley que regula la materia, la Ley Hipotecaria”⁶³⁸. También destacó (en sus primeras *Lecciones* de 1955⁶³⁹) que

“indiscutiblemente, cabría construir un Derecho inmobiliario total con las normas referentes a los bienes inmuebles. Nótese que en tal caso, como señala WIEACKER, se estudiarían materias externas al Derecho civil y que pertenecerían al “Derecho espacial público”: expropiación de bienes inmuebles, concentración parcelaria, colonización, construcción de viviendas protegidas, regulación de solares de diversas clases, Derecho fiscal, juntamente con la regulación de los arrendamientos rústicos y urbanos, el acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, y otras materias pertenecientes en principio al Derecho de obligaciones”.

El jurista decimonónico Bienvenido OLIVER señaló que la denominación Derecho Inmobiliario corresponde al “conjunto de reglas o preceptos legales acerca de los derechos constituidos sobre cosa raíz o inmuebles”. Desde éste concepto, se quejaba OLIVER de la falta de correspondencia entre el nombre de la principal Ley en la Materia (la Ley Hipotecaria) y el contenido de la misma. La amplitud de las materias que se regulan en la Ley Hipotecaria podría hacer pensar, en efecto, que la denominación “hipotecario” e “hipotecaria” son insuficientes, pues se regula todo lo relativo a la publicidad de los derechos reales (y a los efectos que se derivan de dicha publicidad, de gran importancia tratándose de derechos *erga omnes*) y la totalidad del derecho de hipoteca, lo

⁶³⁷ Siendo este el título de un tratado sobre la materia, GARCÍA GARCÍA, J.M. *Derecho Inmobiliario registral o Hipotecario*. Civitas, Madrid 1988.

⁶³⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. *Elementos de Derecho civil. III Bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. Dykinson, Madrid 2001. Pág. 10.

⁶³⁹ *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1955. Pág. 5.

cual es materia mucho más amplia que la estrictamente referida a las hipotecas.

Al respecto, Bienvenido OLIVER alertó que de

“ésta falta de correspondencia entre la denominación de la ley y su verdadero contenido, han nacido, no sólo entre el vulgo, sino entre personas peritas, conceptos falsos e incompletos acerca de la naturaleza e importancia de las instituciones jurídicas regidas y ordenadas por la misma”⁶⁴⁰.

Frente a tal crítica acerca de la denominación, Pedro GÓMEZ DE LA SERNA señaló en el primer año de vigencia de la Ley Hipotecaria, que la denominación de las Leyes ha de ser popular⁶⁴¹, pues

“eligiéndose una denominación con mayores pretensiones, que pareciera la más completa, la más comprensiva, la más filosófica, probablemente habría quedado escrita en la ley y desde luego otra le hubiera reemplazado y casi puede asegurarse que sería la de Ley Hipotecaria”⁶⁴².

La equivalencia⁶⁴³ con la que se utilizan las denominaciones Inmobiliario e Hipotecario, requiere una profundización: Derecho Hipotecario es algo más que Derecho Inmobiliario registral, pues se refiere a las materias regidas por la

⁶⁴⁰OLIVER ESTELLER, B. *Derecho Inmobiliario español*. 2º Edición. Civitas. Cizur Menor 2009. Pág. 15.

⁶⁴¹ LACRUZ, SANCHE y los demás autores del III Bis, recogen ésta misma afirmación de GÓMEZ DE LA SERNA, y admiten que prefieren para titular el volumen correspondiente la denominación de Derecho Inmobiliario Registral, en tanto corresponde más con el contenido del libro, que excluye a la hipoteca (*Ob. Cit.*, p. 10). El tema de la popularidad, con todo, habría que señalar que fue determinante. Al respecto, NUÑEZ LAGOS, aun admitiendo que “el nombre es equívoco para los profanos”, señala que los autores de la ley tuvieron en cuenta las opiniones de los autores alemanes de su época, y la ley belga de 16 de diciembre de 1951; y añade “personalmente creo que el nombre sirvió en buena parte para que el proyecto de la primitiva ley suscitara menos recelos y oposiciones” (NUÑEZ LAGOS, R. “El Registro de la Propiedad español”, En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 250, 1949, pág. 139).

⁶⁴² GÓMEZ DE LA SERNA, P. *La ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*. Madrid, 1862. Tomo I. Edición facsímil. Fundación Registral. Madrid 2009. Pág. 220.

⁶⁴³ SANZ FERNANDEZ señala abiertamente que en la doctrina científica se emplean los conceptos hipotecario e inmobiliario como sinónimos (SANZ FERNANDEZ, A. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Reus, Madrid 1947. Pág. 14) y justifica la equivalencia, criticando a quienes (como MORELL, CAMPUZANO o GONZÁLEZ) hacían diferencias, pues “el Derecho Inmobiliario, concebido en sentido amplio, se confunde con las normas del Derecho civil. Solo cuando, a través del Registro, se refiere a los derechos reales sobre inmuebles permite una cierta agrupación o sistematización de las normas que justifique la denominación especial (*Ob. Cit.* Pág. 13).

Ley Hipotecaria, entre las cuales está la regulación de ciertos aspectos sobre la eficacia *erga omnes* de todos los derechos reales sobre inmuebles (no sólo la regulación íntegra del derecho real de hipoteca) y la parte sustantiva del derecho de hipoteca, lo cual es más que lo que propiamente designa el adjetivo hipotecario y registral⁶⁴⁴. Esas materias no son propiamente registrales inmobiliarias, sino civiles, de modo que pertenecen al Derecho Inmobiliario, pero no al Registral⁶⁴⁵ (por muy Inmobiliario que este sea), que sería sólo lo relativo a la inscripción y sus efectos⁶⁴⁶, y que podríamos definir con Jerónimo GONZÁLEZ como el “conjunto de normas que regulan los derechos reales inscribibles”⁶⁴⁷. Con todo, el Derecho Registral Inmobiliario, no sería *stricto sensu* una materia limitada a lo adjetivo (excluyendo por tanto lo sustantivo) de los derechos reales sobre inmuebles⁶⁴⁸. La inscripción produce efectos de gran

⁶⁴⁴ Para muestra, baste comprobar que el contenido de los temas de “Derecho Hipotecario” de las oposiciones de Registros y Notarias, hoy regido por sendas Resoluciones de 19 de Julio de 2015, abarca la relación entre la causa y la inscripción, la tradición y la inscripción, aborda el problema de la usucapión en relación con el Registro, hace un tratamiento integral de la hipoteca y aborda el Registro de Bienes Muebles.

⁶⁴⁵ En puridad, la denominación registral haría referencia a toda la publicidad registral con efectos jurídicos, incluyendo Registros de Bienes (Muebles e Inmuebles) y Registros de personas físicas (Registro del Estado Civil) y jurídicas (Registro Mercantil, de Asociaciones, de Fundaciones, de Cooperativas, etc). El tratamiento conjunto de la publicidad registral de bienes y mercantil, fundamentada en la llevanza por los Registradores de la Propiedad del Registro Mercantil, podría ser un primer paso hacia una sistematización de todo el Derecho Registral, a partir de la asignación de la llevanza del Registro Civil a los Registradores por la Ley 18/2014 de 15 de Octubre de Medidas Urgentes.

⁶⁴⁶ NUÑEZ LAGOS señaló que Derecho Hipotecario no es lo mismo que Derecho Inmobiliario, sino sólo la parte relativa a la inscripción de los derechos sobre inmuebles (*Ob. Cit.* Pág. 139). La realidad es que en la conciencia y en la práctica los conceptos de Registral e Inmobiliario actúan unidos, de modo que la delimitación no resulta tan sencilla.

⁶⁴⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. Derecho Inmobiliario y Derecho Hipotecario, en *Estudios de Derecho Civil e hipotecario*. Civitas. Cizur menor 2009. Tomo I. Pág. 61.

⁶⁴⁸ En éste aspecto adjetivo se ha dicho que el Derecho Registral inmobiliario puede calificarse más de Derecho público que de Derecho privado MARTÍNEZ, F. *El sistema español de Registro inmobiliario (I)*. Civitas- Thomson Reuters- Registradores de España. Cizur menor 2012. Págs. 16 y 17. Algo que no es novedoso, pues ya LACRUZ en 1957 señaló que “a decir verdad, entre las reglas de la Ley o el Reglamento Hipotecario hay bastantes que son de Derecho administrativo, muchas de Derecho procesal y algunas de otras materias jurídicas” (LACRUZ BERDEJO, J.L. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957, Pág. 19). GARCIA GARCIA por su

importancia respecto de los derechos reales inscritos⁶⁴⁹. El estudio de dichos efectos, con todo lo que afecta a lo sustantivo de los derechos reales, sería también Derecho Inmobiliario Registral: en la doctrina alemana, la *summa divisio* del Derecho Inmobiliario, está en la diferenciación de una parte formal y otra material⁶⁵⁰. SANZ FERNÁNDEZ hizo descansar la definición del Derecho Inmobiliario precisamente en la forma al decir que se puede definir Derecho inmobiliario como,

“el conjunto de normas de Derecho civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre las fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito a través del Registro de la Propiedad”⁶⁵¹.

Por tanto, en la conciencia de los especialistas al decir inmobiliario nos estamos refiriendo a algo más que lo relativo a la estructura de los derechos sobre inmuebles, y al decir inmobiliario registral nos referimos a algo más que a lo meramente adjetivo. Clarificador en este punto, ROCA SASTRE señaló que el Derecho inmobiliario

“no abarca toda la materia jurídica relativa a inmuebles, pues tan solo desenvuelve una parte de la misma: la referente a la movilidad, cambio o dinamismo de los derechos reales inmobiliarios. Al Derecho inmobiliario no le interesa la estructura y contenido del derecho real, sino su dinámica, o sea, su adquisición, transmisión y pérdida. Podemos decir que, más que su anatomía le

parte prefiere hablar de Derecho privado con “varias relaciones con el Derecho público” (GARCIA GARCIA. J.M. *Derecho Inmobiliario registral o Hipotecario*. Civitas, Madrid 1988. Tomo I. págs. 76 a 78)

⁶⁴⁹ De ahí que ROCA señalase que el Derecho Inmobiliario Registral tiene una parte sustantiva (la finca, su inmatriculación, los actos y derechos inscribibles, los principios fundamentales, la anotación preventiva) y una parte adjetiva u orgánica (los asientos registrales en su aspecto formal, el proceso de registración, la organización de los Registros). Cfr. Ob. Cit. Pág. 12.

⁶⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1955. Pág. 7. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957. Pág. 20.

⁶⁵¹ SANZ FERNANDEZ, A. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Ob. Cit.. Pág. 12..

preocupa su biología, es decir, todos los problemas de su constitución, declaración, reconocimiento, transmisión, modificación y extinción”⁶⁵².

A decir de este brillante jurista, desde la edad media se observa la existencia de un sistema propio y diferenciado de Derecho Inmobiliario. Un sistema al que en los últimos siglos⁶⁵³ se le añadió el Registro de Bienes como instrumento. Al añadirsele, el Derecho Inmobiliario comienza a usar del Registro, y ello ocasiona una fusión de denominaciones en la que el Derecho Hipotecario “en su acepción amplia, no es más que el Derecho Inmobiliario funcionando a través del Registro de la Propiedad Inmueble”⁶⁵⁴. Admite no obstante ROCA que la acepción tal vez más adecuada sea la de Derecho Inmobiliario Registral⁶⁵⁵, y señala que, aunque el concepto estuvo en discusión⁶⁵⁶, aun con modificaciones el tráfico jurídico inmobiliario “constituirá materia prima o, al menos, prevalente de la regulación que forma el contenido del Derecho Inmobiliario registral”⁶⁵⁷.

La existencia de un sistema propio de Derecho Inmobiliario referible a la dinámica de los derechos sobre inmuebles a través del Registro, ha sido la que

⁶⁵² ROCA SASTRE, R.M. *Derecho Hipotecario*, Tomo I. 5ª Edición. Bosch, Barcelona 1954. Pág. 9.

⁶⁵³ La afirmación de que el Registro se le une en los últimos años debe ser matizada. Según los autores, existió una suerte de publicidad registral en la Grecia antigua y Egipto. Al respecto, vid. GARCIA GARCIA, *Ob. Cit.*, Tomo I, Págs. 140 y ss. FERNÁNDEZ DEL POZO REY, L. *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en el Egipto faraónico*. Colegio de Registradores, Madrid 1994.

⁶⁵⁴ ROCA SASTRE, R.M. *Derecho Hipotecario*...*Ob. Cit.* Pág. 10.

⁶⁵⁵ *Ob. Cit.* Pág. 10.

⁶⁵⁶ Se refiere ROCA a las opiniones de MENCHEN BENÍTEZ o DEL VALLE a partir de la crisis que, por incorporación de teorías sociales a la propiedad, pudo experimentar la idea de tráfico jurídico inmobiliario.

⁶⁵⁷ *Ob. Cit.* Pág. 10.

ha determinado la existencia de una parte (rama del Derecho o sub rama del Derecho civil) a la que se ha llamado Derecho inmobiliario registral.

En la actualidad, sin embargo, la evolución de la vida económica ha llevado a que en el tráfico al que sirven los Registros jurídicos importen más aspectos, que los estrictamente inmobiliarios. Ciertos bienes muebles tienen un valor que los hace tanto o más importantes que los inmuebles⁶⁵⁸, habiéndose aplicado a ellos la misma tecnología institucional que se usaba respecto de los inmuebles: su inserción en un Registro jurídico con ciertas condiciones y efectos⁶⁵⁹.

Por otra parte, se ha ido desarrollando una regulación sólida de los Registros jurídicos de personas. Unos Registros que todavía son muchos y diferentes en sus respectivos ámbitos y efectos, pero que en el futuro podrían tender a su unificación o al menos a su “integración tecnológica”⁶⁶⁰ en algún tipo de Registro de personas físicas o jurídicas.

Esta ampliación del ámbito de lo registrable y por tanto del objeto de la legislación registral, bien podría llamarnos a abordar una parte del Derecho que podríamos llamar Derecho Registral.

⁶⁵⁸ Al respecto de la importancia de los bienes muebles como objeto de las relaciones jurídico-reales, vid. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. III. *Las relaciones jurídicos reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 5º Ed. Civitas- Thomson Reuters. Madrid 2009. Págs. 233 y ss.

⁶⁵⁹ Al respecto, ver la bibliografía relativa a la Derecho registral de los bienes muebles. En la manualística para opositores, cfr. MASIDE MIRANDA, E. “Tema 78, Derecho Hipotecario, Registros” en AAVV (RODRÍGUEZ TEJADA, G. Dir). *Derecho Hipotecario. Contestaciones a los temas de las oposiciones a Registros*. Dykinson, Madrid 2012. Págs. 655 y ss.

⁶⁶⁰ Vid. DE ANGULO RODRÍGUEZ, J. *La modernización de los Registros. Una reforma estructural pendiente y un proyecto de datos*. Comares, Granada 2015. Pág. 129 y ss.

Por Derecho Registral habría que entender no sólo el hipotecario, sino todo lo relativo a la publicidad registral con efectos jurídicos, incluyendo Registros de Bienes (Muebles e Inmuebles) y Registros de personas físicas (Registro del Estado Civil) y jurídicas (Registro Mercantil fundamentalmente, en tanto los Registros de entidades jurídicas suelen ser reputados administrativos). El tratamiento conjunto por algún autor de la publicidad registral de bienes y mercantil⁶⁶¹, fundamentada en la llevanza por los Registradores de la Propiedad del Registro Mercantil, podría ser un primer paso hacia una sistematización de todo el Derecho Registral, a partir de la asignación de la llevanza del Registro Civil a los Registradores por la Ley 18/2014 de 15 de Octubre de Medidas Urgentes⁶⁶². Una sistematización que no es sencilla, en tanto cada Registro tiene sus propias reglas y principios⁶⁶³, pero que puede ser

⁶⁶¹ GARCÍA GARCÍA, J.M. *Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 8ª ed. Thomson-Civitas, Cizur menor 2014.

⁶⁶² A éste respecto son de tener muy en cuenta los problemas y posibilidades de coordinación entre los Registros jurídicos. Al respecto, puede ser interesante ver las pp. 147 y ss del libro FERNANDEZ DEL POZO REY, L. *Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil*, Marcial Pons, Madrid 2013. los editoriales de la Asociación de Registradores Bienvenido Oliver:

“Los problemas derivados de la desconexión entre el Registro de personas y el de la propiedad en relación a las resoluciones referentes a la capacidad/poder de disposición”. De 6 de Abril de 2015.

<http://arbo.org.es/index.php?nlmo=WFAKBILMDKHQIFAEAGGDHHDHDEJIEIJHNDMRLJEIGCHEJMJJMLGLHDGJJFMPKFGJKDHLFONKMHGLIMKJOMLLIDLHIJKFYQQMPKFNFFOGHMEL&nlm1=WMHGIBEGKKHFLIDFDFGGGHDHH&nlm2=W&nlm3=W&nlm4=W&nlm5=WMHHIHKJHMMOJHJHMLIHDLP&nlm6=W&nlm7=W&nlm8=W&nlm9=W&nlm6=WIDHEDGMFKHIIPKDKFENGHDFM> (Consultado el 10 de Julio de 2015)

“Publicidad material y estado civil: un necesario cambio de paradigma”, de 31 de Marzo de 2015.

<http://arbo.org.es/index.php?nlmo=WFAKDJMEDMTRIPKHLEEHFNQGPKJLKOILNMOQJECFHKBBHHIEEHCLDDTJFDSJLGBGELQDMOOOGJENGEMSGSXNOIDKHMISFMPRLMHOKCSODQJKR&nlm1=WPKMNJMNMTTUJEDFKECLHQIE&nlm2=W&nlm3=W&nlm4=W&nlm5=W&nlm6=W&nlm7=W&nlm8=W&nlm9=W&nlm6=WMLKJMEJQTSQGBNCKELLEQSL> (Consultado el 10 de Julio de 2015).

⁶⁶³ Lo cual lleva al propio autor a considerar parte del Derecho civil al Derecho Hipotecario, pues los diferentes tipos de Registros no permiten en su opinión una sistematización en un rama autónoma, y la mejor forma de obtener un tratamiento general es a través de la inclusión de un capítulo general de publicidad registral en la parte general del Derecho civil. GARCIA GARCIA, *Ob. Cit*, Tomo I, Págs. 75 y ss.

conveniente si se pretende estudiar la dotación de publicidad registral a nuevas situaciones inscribibles como puede ser la autorregulación⁶⁶⁴.

El ámbito en que se pretende estudiar en el presente trabajo la autorregulación, no es pues únicamente el Registral Inmobiliario, sino que pretende referirse fundamentalmente a cómo actúa en todo el Derecho Registral en tanto parte del civil relativo a la función (diferente) de la publicidad para las personas y bienes. Ello requerirá necesariamente entrar en el Derecho Inmobiliario, analizando el papel que la ley concede a la autorregulación en el ámbito sustantivo de los derechos reales. Sólo a partir de lo sustantivo se puede estudiar lo adjetivo.

En todo caso debe partirse de que se trata de una materia que abarca ámbitos marcados por un amplio *ius disponendi*, pero también ámbitos marcados por un fuerte *ius cogens* (pues la protección del consumidor, el principio de legalidad en su vertiente administrativa y la protección del interés público han llevado a un progresivo aumento de la intervención estatal en materias regidas por el Derecho Inmobiliario⁶⁶⁵). Y debemos señalar que es un Derecho uniforme en todo el Estado, aunque preparado para dar una misma publicidad a diferentes derechos reales, regidos por diferentes Derechos civiles.

⁶⁶⁴ En éste punto debe citarse por su valor doctrinal el estudio, referible a todos los Registros, que hace PAU PEDRÓN en *Esbozo de una teoría general de la inoponibilidad*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 2001.

⁶⁶⁵ Una parte del Derecho que en principio se suele considerar Derecho privado, pero que tiene aspectos fuertemente relacionados con el Derecho público. Fernando MARTÍNEZ sostiene en concreto que el Registral Inmobiliario es claramente Derecho público. Cfr. *Ob. Cit.* Págs. 16 y 17, el apartado titulado “El Derecho Hipotecario como Derecho Público”.

Ello ha llevado a que se diga que la Ley Hipotecaria es como “la autopista por la que circulan los derechos reales inmobiliarios en nuestro país”⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ MÉNDEZ GONZÁLEZ, “Prólogo” en ARNAIZ EGUREN, R. *Terreno, edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*. Civitas. Registradores de España. Cizur Menor 2010. Pag. 55.

2. El control de legalidad de los códigos de conducta

2.1 En general

Hechas las consideraciones de la primera parte acerca de la concepción de los códigos de conducta, de su explicación filosófica, de su encaje en las fuentes del Derecho y de las obligaciones, de su ubicación en la teoría general del Derecho, y de su valor en el proceso social, debemos analizar ahora un tema de gran importancia desde la perspectiva jurídica, cual es el del control de legalidad de los códigos.

El problema de que ahora tratamos está directamente relacionado con la parte anterior del presente estudio. En efecto, si los CDCs careciesen de valor normativo (o en los casos en los que carezcan), no sería preciso control alguno sobre los mismos: serían una simple declaración de intenciones cuya falta de efectos no requeriría en modo alguno de su legalidad⁶⁶⁷. Sin embargo, en la medida en que los CDCs tengan un valor normativo⁶⁶⁸ efectivo, como parece se pretende en determinadas ocasiones, será preciso evitar que por vía de las prescripciones introducidas en los mismos se pueda vulnerar alguna de las disposiciones legales vigentes.

El control debe responder a una premisa fundamental: no permitir que los CDC que se hacen obligatorios como norma general o como acuerdo privado lo hagan más allá de los límites a los que puede llegar una forma concreta de

⁶⁶⁷ Y en tanto no incurriesen en ilegalidad, serían una suerte de costumbre alegal.

⁶⁶⁸ Sea porque los llame una ley, porque sean costumbres, porque formen parte de un contrato, contengan un contrato, pueda plantearse su valor como declaración unilateral, pueda considerarse su valor interpretativo de los contratos o de las leyes, o bien puedan tener efectos como alguno de los instrumentos de vinculación privada previstos en las leyes, tales como los pactos parasociales o los estatutos reguladores de las comunidades de vecinos (aspectos todos ellos analizados anteriormente). Ver sobre todos estos aspectos en capítulo 4.

fuente del Derecho (pues la costumbre y el uso tienen límites marcados por el Art. 1 CC⁶⁶⁹) o la autonomía de la voluntad (ya por vulnerar las disposiciones sobre protección de la competencia, sobre protección de consumidores, por incidir en aspectos relacionados con libertades constitucionales o de cualquier otro modo⁶⁷⁰).

En efecto, hay CDCs que inciden en materias sometidas a una ley imperativa. En concreto, debemos mencionar el problema relativo a la existencia de códigos en los que se abordan cuestiones que trascienden a la autonomía de la voluntad. En estos casos, en la medida en que el órgano llamado a supervisar la ejecución y aplicar el CDC pasa a desempeñar funciones que van más allá de las que le deberían corresponder en el marco institucional del mercado, sería muy conveniente⁶⁷¹ un control *ex ante* de la aplicación del

⁶⁶⁹ Y en todo caso no debemos olvidar que no se dan sin que el poder lo consienta. Al respecto vid. El apartado dedicado a las fuentes del Derecho, y DE CASTRO, F. CASTRO Y BRAVO, F. de - *Derecho civil de España*. Civitas. Reedición facisimilar de la edición de 1949. Madrid, 1984. Pág. 389.

⁶⁷⁰ En este sentido recuerda DE LA CUESTA que “con referencia al contenido de las normas creadas por la autonomía de la voluntad es necesario decir que sólo pueden tener como ámbito material de juego aquel al que se extiende su eficacia ordenadora directa e inmediata que es el de las relaciones e instituciones en que participen o intervengan los sujetos que libremente se han impuesto tales normas; de este modo, su alcance material se conjuga con la extensión del grupo de sujetos sometidos a las normas”. DE LA CUESTA, J.M^a. “La autorregulación como regulación jurídica”. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010. Pág. 48-49.

⁶⁷¹ En ocasiones dicha conveniencia, más que interés de los terceros, es interés de las partes autorreguladas, las cuales necesitan proceder en la tranquilidad de estar procediendo legalmente. Ello justificaría un dictámen privado, y no el control de la legalidad. Sin embargo, la consulta a la Comisión Nacional de Mercados está expresamente prevista por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Art. 5. 2.(posibilidad contemplada en sus antecedentes: cfr. la Ley 15/2007 de 3 de Julio, Art. 25) que contempla las competencias consultivas del mismo. Al respecto, cabría destacar que la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de Mayo de 2000 (AC 4777), resolvió la petición de aprobación de un código de la Federación de Bebidas Espirituosas a solicitud de la propia federación, que redactó el código como compromiso público con la legalidad vigente y quería un pronunciamiento oficial al respecto de la legalidad del código redactado.

CDC que propiciase evitar que se sobrepasen los límites⁶⁷² que para la autonomía de la voluntad resultan de la aplicación del art. 1255 CC. Por ejemplo, el caso resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 13 de Julio de 1998⁶⁷³, en el cual se resolvió si atentaba o no contra la competencia el acuerdo contenido en un código de conducta según el cual se limitaba la actuación de cada cooperativa en el ámbito de actuación de la otra⁶⁷⁴.

Por otra parte, en ocasiones dicha conveniencia, más que interés de los terceros, es interés de las partes autorreguladas, las cuales necesitan proceder en la tranquilidad de estar procediendo legalmente. Ello justificaría un (solo) dictamen privado, y no el control de la legalidad. Sin embargo, la consulta a la Comisión Nacional de Mercados está expresamente prevista por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Art. 5. 2 (posibilidad contemplada en sus antecedentes: cfr. la Ley 15/2007 de 3 de Julio, Art. 25) que contempla las competencias consultivas del mismo. Al respecto, cabría destacar que la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de Mayo de 2000⁶⁷⁵, resolvió la petición de aprobación de un código de la Federación de Bebidas Espirituosas a solicitud de la propia federación, que redactó el código como compromiso público con la legalidad vigente y quería un pronunciamiento oficial al respecto de la legalidad del código redactado.

⁶⁷² A este respecto, señala DE LA CUESTA que “el nudo problemático respecto de los códigos de conducta que no son los de buen gobierno o gobernanza está en que el entero sistema autorregulatorio que se pone a su servicio tiene su campo de operación en un terreno no susceptible de regulación derivada de la autonomía de la voluntad”. DE LA CUESTA, *Ob. Cit.* Pág. 49.

⁶⁷³ AC 9041.

⁶⁷⁴ Dando lugar a la expulsión de las entidades que vulneraron el acuerdo, e impugnándose, por las mismas, dicha expulsión.

⁶⁷⁵ AC 4777.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que en ocasiones se incurre en prácticas desleales con ocasión del desenvolvimiento del cumplimiento de los CDC. Así, en la Directiva sobre prácticas desleales se señala como prácticas que son desleales en todo caso el afirmar que se ha asumido un CDC, así como decir que este tiene una aprobación de las autoridades que no sea cierta (Anexo I, 1 y 3). El Art. 6 considera del mismo modo engañosa una práctica contraria a algún compromiso contenido en un CDC. Todos estos aspectos dan lugar o pueden dar lugar a dudas de legalidad y en ocasiones requieren una aprobación estatal (ese control querido por las propias partes al que hacíamos referencia, y que se contempla como desleal decir que se tiene si no es verdad –anexo I-). La propia Directiva contempla un control mediante la intervención por parte de los órganos de control (llamados responsables⁶⁷⁶), sin perjuicio de las intervenciones administrativas o judiciales que correspondan⁶⁷⁷. Una intervención que pasa de privada *ex ante* a posterior si es estatal, de acuerdo con la articulación que se hace de ambas cosas en los Artt. 10 y 11.

Para abordar debidamente estos problemas, debemos tener presente como punto de partida que entre las distintas posibilidades de control estatal de

⁶⁷⁶ Según la definiciones del Art. 2 es “*responsable del código*»: cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo”.

⁶⁷⁷ En palabras de la exposición de motivos “El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar”.

legalidad que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, podemos distinguir las que operan *ex post*⁶⁷⁸ y las que logran evitar la vulneración de la ley *ex ante*⁶⁷⁹.

En la mayoría de los casos, el legislador opta por supeditar el sometimiento a control previo al hecho de que lo controlado vaya a producir unos efectos relevantes para el conjunto de la comunidad. Por ejemplo, la creación o modificación de personas jurídicas está sometida a publicidad⁶⁸⁰ con control previo de legalidad a través de los correspondientes registros jurídicos donde las mismas se inscriben⁶⁸¹; o el reconocimiento de las personas físicas, se somete a inscripción en el Registro del estado civil, que conlleva un control de legalidad⁶⁸². Por el contrario, cuándo los efectos van a permanecer en la esfera privada, no se exige ningún tipo de patente pública previa: así en general los casos de acuerdos privados que sólo se someten a control cuándo lo solicita uno de los interesados en los mismos (v.gr. los casos de control judicial), lo cual

⁶⁷⁸ En lo que nos interesa: la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de una ley; la posibilidad de impugnar la legalidad de un reglamento; la posibilidad de impugnar cualquier contrato en el ejercicio de las acciones destinadas a solicitar su ineficacia.

⁶⁷⁹ Así, en los casos en los que se permite por el ordenamiento la consulta previa a la autoridad, o bien en los casos en los que el nacimiento de un derecho subjetivo o de una institución se supeditan a autorización previa (lo cual va desde la obtención de licencias administrativas, hasta el nacimiento de personas jurídicas, previa la autorización de la inscripción en los correspondientes registros).

⁶⁸⁰ Con independencia de que supedite o no la adquisición de la personalidad jurídica a la inscripción, la misma debe producirse a efectos de publicidad, y siempre conlleva control de legalidad.

⁶⁸¹ Cfr. Artt. 31 a 35 de la Ley de Sociedades de Capital, que deben ser leídos con el Art. 18 del Código de Comercio en cuanto a la competencia del Registrador para calificar la legalidad del acto jurídico a inscribir; Art. 7 de la Ley de Cooperativas Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que debe ser considerado junto al Art. 109 de la misma que reconoce que corresponde al Registro la “calificación” de las mismas; el Art. 12 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el estatuto que regula las sociedades agrarias de transformación, que contempla la calificación del contenido de los estatutos reguladores de la misma; Artt. 4, 11 y 36 de la Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre; Art. 7, 8 y 10 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

⁶⁸² Cfr. el Art. 26 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil y el Art. 13 de nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, próxima a entrar en vigor.

ocurre *a posteriori* de la constitución de la relación correspondiente, que desde el principio surte efectos *inter partes*.

En el caso concreto de los CDCs, si entendemos que éstos sólo producen efecto entre los que los suscriben, es aconsejable que no estén sometidos a más control que el que opera *ex post*: así el judicial o el operado por los organismos encargados de salvaguardar la competencia⁶⁸³. Sin embargo, no todos los CDCs son así. Hay CDCs que se redactan para “regir” la actuación de la entidad que los emplea en relación con una pluralidad de sujetos (así los consumidores o los terceros de cualquier género que se relacionen con la entidad⁶⁸⁴). En estos casos, si el CDC es mera publicidad, estará sometido *ex post* a las reglas relativas a la publicidad o bien a las disposiciones protectoras de la competencia o de los consumidores (así el Art. 61 TRLGDCU) que les puedan ser aplicables. Ahora bien, si el CDC pretendiese producir el efecto vinculante propio de un contrato⁶⁸⁵ como tal acuerdo privado, entonces comienzan a surgir una serie de problemas cómo los relacionados con la oponibilidad o no del CDC a la entidad que lo ofrece por parte de sus co-contratantes, el control de legalidad del mismo y si éste ha de ser previo etc. Dicha situación haría aconsejable un control de legalidad similar al que se contempla en nuestro ordenamiento jurídico para las condiciones generales de la contratación o las situaciones inscribibles en registros jurídicos. Al fin y al cabo el fenómeno de la autorregulación debemos

⁶⁸³ Que son los previstos en el Art. 11 de la Directiva.

⁶⁸⁴ Pensar en el caso citado al tratar de los códigos y el contrato de los empleados o proveedores de una multinacional.

⁶⁸⁵ Forme o no parte del contenido de los contratos, es evidente que norma la conducta contractual del sujeto autorregulado.

estudiarlo en el ámbito de las relaciones pertenecientes al tráfico patrimonial⁶⁸⁶. Y existiendo en dicho tráfico derechos, entidades y situaciones sometidas a un control previo (v.gr. las personas jurídicas de inscripción constitutiva u obligatoria), no será descabellado posibilitar el control previo de los instrumentos de autorregulación⁶⁸⁷.

Junto a esto (referible a las obligaciones voluntarias), hemos de recordar que los códigos de conducta no siempre surten efecto como reglas contenidas en contratos o reguladoras de la actividad contractual, sino que rigen o aspiran como normas generales. Las normas generales tienen un proceso de producción determinado en el curso del cual se da intervención diferentes agentes que pueden resultar interesados⁶⁸⁸, y en todo caso proceden de los órganos en los que recae la potestad legislativa⁶⁸⁹. En el caso de que las mismas no cumplan determinadas condiciones de legalidad, son impugnables. En un CDC que forme parte de una ley o de un reglamento, la producción del mismo seguirá el *iter* propio de dichas normas, y podrá ser objeto de la impugnación que por

⁶⁸⁶ Y en consecuencia dentro del orden público económico en que se inserta el mismo. Al respecto vid. DIEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I. *Introducción y Teoría del contrato*, 6º ed. Civitas- Thomson Reuters. Madrid 2009. En las págs. 71-72, dentro del capítulo relativo al orden público económico, se habla de la “seguridad del tráfico jurídico”.

⁶⁸⁷ Ello permitiría, además, dada la publicidad, conocer con mayor certeza si estamos ante un CDC suscrito o aprobado por una autoridad estatal, lo cual eliminaría las incertidumbres que posibilitan las prácticas desleales previstas en los números 1 y 3 del anexo I de la Directiva 25/2009: afirmar falsamente la suscripción de un CDC o afirmar que este ha sido aprobado cuando esto no sea así, reduciendo con ello asimetrías informativas, asunto del que trataremos más adelante.

⁶⁸⁸ Los Artt. 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno contemplan expresamente la elaboración de informes y dictámenes en la gestación de proyectos de ley o en la elaboración de los reglamentos. El Art. 24.c. contempla expresamente la intervención de los ciudadanos a quienes les afecta la elaboración de la norma.

⁶⁸⁹ No se puede olvidar que el reconocimiento legal de la autonomía privada, es únicamente para crear relaciones jurídicas, no para crear normas. Cfr. BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*. EDESA, Madrid. Traducción de MARTÍN PÉREZ, A. Pág. 47.

ilegalidad o por inconstitucionalidad corresponda. Sin embargo, como se ha visto en el capítulo correspondiente, los CDCs no siempre forman parte de la ley, sino que son llamados por una ley. En éste caso y en aquellos otros en los que sin llamamiento alguno los códigos fijan una pauta de conducta que encaja en el papel propio de la costumbre entre las fuentes del Derecho (sea ésta del tipo que sea), no existen los mecanismos de control que sí existen en otras normas de carácter general. Toda la labor de control se dejará a la posible impugnación posterior, que en el concreto caso de la costumbre no es posible en sentido propio: simplemente el legislador puede declarar prohibida una costumbre⁶⁹⁰, convirtiéndola en conducta *contra legem*, o bien cabría que los tribunales sentenciasen la protección de los afectados por los actos correspondientes. No será sin embargo posible (tal cual está la ley) control previo de ningún tipo.

La consideración de éstos elementos (cómo puede ser ilegal un CDC, qué mecanismos de control existen) nos muestra que con carácter general los CDC no son objeto de más control que el control *ex post*. Y ello pese a que producen efectos frente a terceros y no sólo *inter partes* en muchos casos, aunque sólo sea por la confianza o ejemplaridad que están llamados a suscitar.

2.2 Algunas consideraciones sobre su conveniencia.

⁶⁹⁰ De ahí que se haya dicho siempre que uno de los requisitos de la costumbre es la aquiescencia del poder. Precisamente ésta aquiescencia es al que hace innecesaria la *opinio iuris*, lo cual posibilita que los usos tengan el mismo valor que la costumbre: pues con o sin *opinio iuris*, gozan de la aquiescencia del poder, requisito en el que se hace descansar la validez de dicha norma en último término.

La indicada ausencia de control previo, permitiría que nos planteásemos si la misma debería producirse o no.

1º En primer lugar, hemos de poner de relieve que, como indicábamos en la introducción, uno de los problemas a los que se viene enfrentando la implantación y aplicación de los CDC es el de su eficacia. La doctrina denuncia que hay CDCs que con el paso del tiempo pierden eficacia, lo cual hace aconsejable a su juicio establecer fórmulas de seguimiento y evaluación de los mismos⁶⁹¹ (formulas que suelen existir en la mayoría de los códigos, los cuales contemplan casi siempre métodos y organismo de seguimiento)⁶⁹². Dicha eficacia, es evidente, pasa por lograr que los códigos tengan un efecto vinculante, que la doctrina suele asociar a la vinculación por la *vis coactiva* de la norma⁶⁹³ (no tanto por la *vis directiva*, que juega también su papel como hemos visto en la primera parte). En el fondo de todas las afirmaciones de la doctrina, late una inquietud por parte de los juristas sobre la necesidad de dar efectividad a lo que se diga en los CDCs⁶⁹⁴. Dicha inquietud debería llevar a un control por parte de los poderes públicos⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ TRÍAS PINTÓ, C. “Códigos de conducta: protección y posicionamiento de los consumidores”. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010. Pág. 245.

⁶⁹² A esto responde el Art. 10 de la Directiva sobre practicas desleales.

⁶⁹³ En opinión de MALUQUER DE MOTES “es necesario comprender que su eficacia y valor de cumplimiento reside en el factor vinculante para la propia empresa que lo ha asumido (el CDC)”, de modo que “en la medida que posean fuerza coactiva podrán transmitir la garantía y seguridad que se proponen”. MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J. “Los Códigos de conducta como fuente de Derecho”. *Derecho Privado y Constitución*, num.17. 2003. Enero-Diciembre 2003, p. 371.

⁶⁹⁴ Como indica LLACER MATA CÁS “tanto la adhesión del profesional al código, como los tratos y negocios tenidos con cualquier destinatario de su actividad o por quien se convierta en cliente, se prestan a una lectura jurídica”. LLACER MATA CÁS, R. M. “Códigos de conducta y *on-line*

Ahora bien, esta misma doctrina, a la vez que reclama fuerza coactiva, considera necesario un agente que controle la aplicación del CDC⁶⁹⁶.

Como se puede comprender de la primera parte del presente trabajo, la efectividad por medio de la coerción no es imprescindible (pues abundarán los casos de cumplimiento voluntario⁶⁹⁷), ni aplicable a todos los supuestos. Sí procederá en todos aquellos casos en los que los códigos hayan alcanzado encaje en las fuentes de las obligaciones, en cuyo caso será posible la consecución en su caso de un cumplimiento forzoso. En el resto de supuestos, los códigos tendrán una *vis directiva* dirigida al cumplimiento voluntario. En la medida en que se vaya a obtener efecto coactivo habrá que cuidar de la legalidad, lo cual requerirá necesariamente de control. Un control que no sería desdeñable aplicar también a las normas dirigidas a un cumplimiento voluntario, dado el efecto que se quiere de las mismas.

2º En segundo lugar, la existencia de CDCs en los que las consecuencias de su aplicación trascienden a quienes los redactan y afectan a terceros, la intervención del orden público y la necesidad de salvaguardar la legalidad, ya sea contenida en una norma concreta, ya se trate de la legalidad constitucional o todo el marco normativo que salvaguarda el funcionamiento del mercado (lo

dispute resolutions: una aproximación a la privatización del derecho". *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII, Fascículo IV. Octubre- Diciembre 2009. Pag. 1546.

⁶⁹⁵ Pues, como indica también Rosa LLACER, "si es cierto que las normas de la autorregulación funcionan cotidianamente de forma autónoma, sin el concurso del poder público...también lo es que los mecanismos de coerción pública pueden resultar convenientes" LLACER MATA CÁS, R. M. "Códigos de conducta...". *Ob.cit.* Pag. 1546.

⁶⁹⁶ A decir de TRÍAS PINTÓ "es muy importante contar con agentes externos ajenos a los intereses de la empresa" TRÍAS PINTÓ. "Códigos de conducta...". *Ob.cit.* Pág. 246.

⁶⁹⁷ De hecho importa más este que el incumplimiento, como vió en el capítulo relativo a las fuentes del Derecho al recordar la importancia de la *vis directiva*.

cual es de interés público), harían aconsejable un control de su adecuación a la legalidad. En efecto, existen supuestos de CDC cuya aplicación trasciende a terceros, hasta el punto de que autores como ILLESCAS señalan la efectividad *erga omnes* como uno de los elementos característicos del fenómeno de la autorregulación⁶⁹⁸. En estos casos, señala con acierto DE LA CUESTA que

“las normas emanadas de la autonomía de la voluntad de los partícipes en el contrato o en la relación o en la institución que tengan consecuencias jurídicas para extraños difícilmente pueden considerarse “autorreguladoras” pues que no son producidas autónomamente por los extraños que soportarán los efectos sin embargo; en tal caso las normas exceden de la capacidad normativa creadora de los sujetos que tratan de imponerlas”⁶⁹⁹.

Ésta potencial generación de efectos para terceros⁷⁰⁰, en tanto puede hacer entrar en colisión a los CDCs con derechos de terceros, hará conveniente que aquellos deban someterse a un control de legalidad. Control que será *ex post* cuando se llegue al punto de que el tercero tenga que defender por los cauces

⁶⁹⁸ ILLESCAS, R. “La autorregulación: entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad”. *Derecho Privado y Constitución*, num.17. Enero-Diciembre 2003, pag. 304.

⁶⁹⁹ DE LA CUESTA. “La autorregulación como...” *Ob.cit.* Pág. 39.

⁷⁰⁰ GUILARTE y RAGA señalan que la calificación registral procura la protección de los afectados por la inscripción, incluidos los terceros no solicitantes de la inscripción solicitada (cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V- RAGA SASTRE, N., *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 93 y ss). Desde el análisis económico, destaca ARRUNADA que la aplicación de la regla de propiedad (protección real del adquirente ex Art. 34 LH): cfr. ARRUNADA, B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los Registros públicos*, Civitas, Cizur menor, 2013. Especialmente pp. 73 y ss.

legales sus derechos afectados⁷⁰¹, pero que podría ser también *ex ante* en otros supuestos⁷⁰².

En este aspecto debemos, con todo, diferenciar también los códigos susceptibles de cumplimiento coactivo de los que carecen de dicha potencialidad. En tanto los códigos con *vis coactiva* pueden ser exigibles ante los tribunales, y en tanto es una norma afectante a terceros, habría que establecer algún tipo de cauce para controlar los mismos. Bien es cierto que de la validez de las obligaciones se suele juzgar al momento de exigir forzosamente el cumplimiento de las mismas. Sin embargo, aquí nos encontramos ante un caso más general que una obligación nacida solo de un pacto.

En el caso de los códigos dirigidos al cumplimiento voluntario, hay que admitir que el control no sería necesario como forma de proteger a quien no ha intervenido en su redacción y le puede afectar, pues le basta con no cumplirlo. Sin embargo, la publicación previa calificación de la legalidad le otorgaría más legitimidad.

3º Aun sin que se llegue a dichos efectos frente a terceros (*sean o no coactivos*), a veces el interés de las partes reguladas exige un control de legalidad. En efecto, en el caso de CDCs adoptados en el seno de organizaciones, en tanto puedan contener disposiciones ilegales, será preciso que (aunque no

⁷⁰¹ Como ocurrió, por ejemplo, en los casos de litigios entre entidades “juzgadas” por autocontrol de la publicidad, que dio lugar a determinadas Sentencias como la de 21 de Mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se declaró no haber lugar a dicho juicio de valor de entidades que no se habían sometido voluntariamente al código de conducta de autocontrol, y que por tanto vieron vulnerados sus derechos constitucionales.

⁷⁰² Como por ejemplo los mencionados casos de los números 1 y 3 del anexo I de la Directiva 25/2009: afirmar falsamente la suscripción de un CDC o afirmar que este ha sido aprobado cuando esto no sea así, reduciendo con ello asimetrías informativas, asunto del que trataremos más adelante.

hubiese terceros afectados⁷⁰³), existiese control de legalidad. La práctica nos ha mostrado ya casos de impugnación de códigos de conducta ante los órganos de defensa de la competencia por imponer a los miembros de una entidad reglas que eran ilegales, y por tanto impugnables. En éstos casos, el régimen de impugnación de los acuerdos por quien ha sido parte en los mismos, permitirá el control de legalidad de los CDC, aunque sea *a posteriori*. Un control que en determinados casos es en cambio *a priori* (así cuando la regla fruto de la autorregulación debe pasar el filtro de un funcionario público por el motivo que sea –normalmente, por la inscripción en un Registro-).

4º Las anteriores consideraciones sobre la efectividad de los códigos, sea para terceros o para los propios autorregulados (con los correspondientes efectos reflejos frente a los terceros), deben ser valoradas asimismo, desde una perspectiva de la seguridad del mercado, en base a consideraciones no sólo jurídicas sino también económicas. Al respecto, hemos de señalar que es opinión generalizada entre los economistas la de que se precisan agentes independientes que velen por el correcto desarrollo de la vida mercantil. En este punto es interesante el concepto, habitual entre economistas y analistas económicos del Derecho, del *gatekeeper*⁷⁰⁴ o guardabarrera. Este es un agente

⁷⁰³ Que siempre los hay en la medida en que, aunque se trate de un acuerdo privado, puede repercutir en la conducta pública de los autorregulados.

⁷⁰⁴ El término fue inventado por Reinier Kraakman en un famoso trabajo publicado en 1986 (KRAAKMAN, R.H. “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”. *Journal of Law, Economics and Organization*, vol.2. 1986) para referirse a aquellas técnicas e instituciones preventivas de las disfunciones y fraudes cometidos por los agentes económicos sujetos a supervisión, a través de la emisión por un “policía del mercado” –el “guardabarrera”– de una “certificación” o “verificación” susceptible de ser conocida de terceros y de suerte que la confianza depositada por ellos en la reputación del intermediario, facilite la contratación. Originariamente se aplicó dicha denominación a las agencias de “rating” y compañías aseguradoras de las emisiones. Luego se descubrió la utilidad de esta categoría para describir muy heterogéneas técnicas y profesionales que operan fuera del ámbito de los mercados de capitales. Al respecto de la posible aplicación de la figura del *gatekeeper* a la función registral

independiente que somete a control a los operadores del mercado. Si su actuación funciona bien, el agente económico supervisado soporta una carga o coste de transacción que, no obstante, le es rentable -además de interesar a terceros-. Salen de esta manera ganando todos: el supervisado, porque la calificación favorable de su actuación le permite obtener una ventaja en el tráfico (la oponibilidad de la inscripción; la solvencia acreditada del auditado etc...) y los terceros y el interés público porque la confianza depositada en el “tercero de confianza” permite abaratar los costes de información y poner coto a los asociados con asimetrías informativas. Estos “guardabarreras” son mecanismos de *enforcement* que actúan *ex ante*; que previenen crisis del mercado (porque el mercado nunca es perfecto) y hacen innecesario muchas veces acudir al remedio *ex post* de los tribunales. Por eso son tan interesantes en aquellos países (como España) en que el coste de adjudicación judicial es alto.

De otro modo, los “guardabarreras” son una especial estrategia o modalidad de realización del Derecho, consistente en imponer sanciones o exigir responsabilidades a partes privadas que están en condiciones de detener conductas no ajustadas a Derecho, mediante la denegación de su cooperación. En el campo concreto de los CDCs sería muy conveniente gozar de dicha protección *ex ante* en algunos casos por cuanto estamos ante conjuntos normativos que rigen el comportamiento de agentes del mercado, generan una confianza legítima en obtener un determinado resultado, y no es admisible que impongan obligaciones que, afecten o no a terceros (aunque en éste caso, sin duda), no son de probada legalidad. Sobre todo porque a veces el primer

vid. ASOCIACIÓN DE REGISTRADORES BIENVENIDO OLIVER, *La crisis de los mecanismos preventivos de la crisis. La nueva hora de la función registral*: <http://www.arbo.org.es/?p=257>

interesado en gozar de la patente de legalidad de sus normas de autorregulación, puede ser la propia entidad autorregulada⁷⁰⁵, pues así como de los vacíos legales no responde quien se autorregula, de los vacíos de la autorregulación sí que responden los entes autorregulados⁷⁰⁶.

El pleno desarrollo del fenómeno autorregulatorio, no es concebible sin control, sobre todo si se van a producir efectos jurídicamente coactivos⁷⁰⁷. En efecto, si dichos efectos se van a producir, la producción de los mismos con arreglo a la Ley, requiere en todo caso de un sometimiento a control, aunque fuere *ex post*. Si el mismo además es previo, y de su superación se hacen depender los efectos del CDC (técnica que se sigue para las reglas de las personas jurídicas o para los estatutos de las comunidades de vecinos⁷⁰⁸), tendremos un poderoso instrumento en manos del mercado: un conjunto de normas que imponen obligaciones de comportamiento no exigidas legalmente, pero que por voluntad de los interesados han pasado un dictamen de legalidad y, con la patente que ello supone, se han publicado para permitir su alegación

⁷⁰⁵ Así, en el Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de Mayo de 2000 (AC 4777), en que fue la propia entidad autorregulada la que persiguió un pronunciamiento oficial al respecto de la legalidad del código redactado.

⁷⁰⁶ Al respecto ha señalado URÍA FERNÁNDEZ, refiriéndose a la autorregulación en el sector bancario que “frente a la regulación tradicional, en la que las lagunas u omisiones de las normas aprobadas por los poderes públicos caen exclusivamente bajo su responsabilidad, en el caso de que se produzcan estos defectos en la autorregulación existe un riesgo real para las entidades sujetas. Resulta por ello del mayor interés para ellas contar con algún tipo de reconocimiento formal por parte de las autoridades respecto de la corrección y validez de los instrumentos de autorregulación” URÍA FERNÁNDEZ, F. “Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria”. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 321.

⁷⁰⁷ Lo cual no ocurrirá en todo caso ni es absolutamente necesario, pues como se ha visto la autorregulación puede cumplir un gran efecto de suscitar un comportamiento cívico sin necesidad de ser constitutiva de obligaciones civiles.

⁷⁰⁸ Supuestos de los que nos encargaremos al analizar el problema de la publicidad registral, los requisitos y efectos de la misma, desde la óptica de la autorregulación.

por cualquiera de los interesados, haciéndose entonces legales, oponibles, y vinculantes.

Frente a esta posibilidad se podrá alegar que si los efectos de la redacción de un CDC son demasiado tajantes en cuanto al control a que éste está sometido, se estará dificultando el fenómeno de la autorregulación que se pretendía fomentar. Sin embargo, hay que tener presente que la publicación previo control ofrece unas condiciones de solvencia y seguridad, genera un marco de confianza para los terceros en suma, que no sólo no debería disuadir sino más bien incentivar el uso de éstos instrumentos de autorregulación, por el interés de los propios entes autorregulados al que ya hemos hecho referencia. De otro modo: si todos saben que quién redacta el CDC lo ha hecho con arreglo a la ley y pueden conocerlo, quien lo redactó gozará en el mercado de la solvencia propia del auditado a la que antes hicimos referencia. Y sobre todo, siendo tan variada la tipología de los CDCs, habrá casos en que interese⁷⁰⁹, aunque en otros sea vea como una carga.

Entre los diferentes operadores existentes en nuestro país que pueden presentar cierto encaje en la figura⁷¹⁰ del *gatekeeper* se ha señalado por cierta doctrina (pese a las diferencias con la elaboración de KRAAKMAN) a los

⁷⁰⁹ URÍA señala que así como en la regulación tradicional los defectos de redacción son exclusivamente responsabilidad de los poderes públicos, en el caso de los CDC existe un mayor riesgo para las entidades sujetas. Ello hace que “resulta por ello del mayor interés para ellas contar con algún tipo de reconocimiento formal por parte de las autoridades respecto de la corrección y validez de los instrumentos de autorregulación”. URÍA FERNÁNDEZ, F. “Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria”. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 312.

⁷¹⁰ De contornos bastante amplios, y que admite encajes tal vez muy variados.

Registradores (tanto de personas⁷¹¹ como de bienes⁷¹²). En palabras de MÉNDEZ

“ciertamente, el Registro de la Propiedad no es una parte privada sino una institución pública, lo que lo separa de la figura del *gatekeeper*, tal y como fue inicialmente concebida. No obstante, prevalece una fuerte analogía con la figura, si tenemos en cuenta, por un lado, que, inicialmente, los registros únicamente controlaban la legalidad privada de las transacciones entre particulares, pero paulatinamente se les ha ido atribuyendo la función de controlar la legalidad pública implicada en todo tipo de operaciones susceptibles de inscripción, tales como la fiscal —desde el principio—, urbanística —desde la primera Ley del Suelo de 1956—, medioambiental —Real Decreto sobre Suelos contaminados—, la referente al control del blanqueo de capitales, etc.; y, por otro lado, la inscripción registral es, salvo excepciones, una decisión del titular del derecho para lograr una mejor protección del mismo mediante su reconocimiento *erga omnes*”⁷¹³.

5º Al respecto de este control externo, y llevando estas teorías al campo de la autorregulación, hemos de recordar que TRÍAS PINTÓ señala a las organizaciones de consumidores y usuarios como entidades llamadas a jugar un papel importante en la evaluación continua del cumplimiento de los CDC. Dicha afirmación resulta muy interesante por cuanto la intervención de dichas entidades nos permitirá contar con un supervisor que vele por la observancia de los CDC y procure perseguir los posibles abusos que se puedan producir en el uso de los mismos. Ahora bien, si de controlar la legalidad de los CDCs y de exigir su fuerza vinculante respecto a los prestadores de servicios que los

⁷¹¹ En éste punto tiene una singular importancia para el mercado como Registro de personas jurídicas el Registro mercantil. Al respecto del mismo y de su posición como controlador de la legalidad en materia de constitución de empresas, vid. ARRUÑADA, B. *Formalización de empresas. Coste frente a eficiencia institucional*. Cizur menor. Civitas, 2010. En especial el capítulo 3.

⁷¹² Los análisis han ido más bien referidos al papel que a la hora de generar seguridad en relación a los inmuebles presenta el Registrador de la propiedad como calificador de las titularidades reales en cuánto derechos líquidos que son objeto de las operaciones.

⁷¹³ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. “Registro de la Propiedad y Ley del Suelo”. *RCDI* Num.698. Noviembre-Diciembre de 2006.pp.2303 a 2356.

emplean se trata, necesitaremos algo más que las propias organizaciones de consumidores. Las mismas, en efecto, no podrán llevar a cabo dicho control por sí solas: tendrán que ejercitar las correspondientes acciones colectivas ante un Juez, lo cual escapa a la agilidad y seguridad previa que se pretende lograr (aunque es cierto que pueden ofrecer una calificación en términos parecidos a los *gatekeepers* antedichos, no lo es menos que esa valoración no es de un agente del Estado, ni ofrece una calificación⁷¹⁴ oficial de la legalidad como si ofrece el pronunciamiento del Registrador por ejemplo sobre los derechos inscritos). Por ello sería sumamente interesante en ciertos casos⁷¹⁵, a efectos de velar por el cumplimiento de los CDCs, poder contar con mecanismos de validación legal previa de éstos que faciliten, con posterioridad, la oponibilidad de los mismos a la entidad que asume el CDC. De otro modo, si damos intervención a *gatekeepers*⁷¹⁶ en la contratación con consumidores en la que intervienen CDCs podríamos lograr que las entidades que los emplean contasen, desde el momento de su puesta en circulación, con un sello de calidad que responde de su legalidad y que podría determinar los efectos jurídicos que haya de producir el CDC. Obtenido este sello de calidad, la labor de las organizaciones de consumidores se facilitaría y ello propiciaría un mayor porcentaje de cumplimiento de los CDC y una disminución de la potencial litigiosidad en esta materia, por cuanto los triunfos judiciales de los consumidores serían constantes (al poder exigir en juicio la observancia de un

⁷¹⁴ En acertada expresión, señala PARDO (analizando el problema de la evicción) que “la inscripción no sólo publica sino que “califica” los derechos ya que únicamente los derechos inscritos pueden tenerse por verdaderamente reales”. PARDO NÚÑEZ, C. *La prevención del riesgo de evicción*. Madrid. Colegio de Registradores 2009. Pag. 18.

⁷¹⁵ Pues no todos los tipos de códigos se prestan al mismo tipo de control, de publicidad, ni de efectos de la misma.

⁷¹⁶ En una concepción amplia de la figura.

CDC que previamente se ha sellado como legal y obligatorio por un agente independiente, con el reconocimiento legal y la formación necesaria para el desempeño de esta labor).

6º En sexto lugar, y relacionado con lo anterior, hay que señalar que es opinión consolidada entre los economistas la imperfección de la información con la que los distintos agentes operan en el mercado. En efecto, en el mercado se actúa sobre la base de importantes imperfecciones en la información. Estas imperfecciones dan lugar a los llamados costes transaccionales. Dado que la información es imperfecta, se deben abordar costes que permitan realizar la transacción con los mayores niveles de seguridad que sea posible. Entre estos costes hemos de señalar como un componente destacado a los llamados costes de agencia: se contrata a un agente para que, proporcionando una información que uno o varios de los contratantes no tienen, dictamine sobre aspectos que la imperfecta información no permite conocer.

Trasladando estas ideas al campo de los CDCs podemos señalar que si los mismos pretenden producir efectos, intervendrán en el mercado⁷¹⁷, por cuánto determinarán el comportamiento de los agentes del mismo. Es más, en la medida que se incorporen a los contratos o generen obligaciones de otro modo⁷¹⁸, o bien fijen unas condiciones de confianza para crear el marco de relaciones contractuales, serán un dato importante en el proceso contractual. Y

⁷¹⁷ Su influencia en el llamado “marco institucional de mercado” lleva a DE LA CUESTA a postular la limitación de efectos de los mismos, en tanto puedan incidir en la libertad de empresa, algo que sólo está concedido (y dentro de los márgenes institucionales) a los órganos constitucionales, y dentro de los márgenes que la propia Constitución establece (cfr. DE LA CUESTA, “La autorregulación...”. *Ob Cit.* Pág. 39 y ss.)

⁷¹⁸ Así como promesa unilateral, por disposición de la ley, o a través del art. 1258 CC, como puede verse en la primera parte.

dado que si los mismos generan obligaciones reputadas “incómodas” por una de las partes tenderá naturalmente a ocultarlos (o a ocultar su adhesión, si es otra la entidad promotora) o a redactarlos de forma ambigua u oscura, o incluso a afirmar que se adherido a los mismos o que estos gozan de patente de legalidad (supuestos de práctica desleal previstos en la Directiva) nos encontraremos con un problema de falta de información para la otra parte contratante. Aun no produciéndose ese ocultamiento, si no existe una estructura institucional que permita a cualquier persona conocer el CDC y la influencia que el mismo pueda tener en el devenir contractual (lo cual habría de abarcar la claridad sobre su legalidad), nos encontraremos ante una imperfección en la información. Esta imperfección probablemente generará un coste. La supresión del mismo haría aconsejable la publicación⁷¹⁹ del CDC dejando claro el valor legal que al mismo le corresponda.

Si desde estas premisas miramos a España, nos encontramos que el mejor instrumento para que el control señalado se produzca y vaya seguido de una publicación con efectos vinculantes son los Registros jurídicos. En los Registros concurre, tanto en los de personas como en los de bienes, el ser la institución por medio de la cual el Estado interviene para el reconocimiento de derechos de propiedad o de personalidad jurídica, reduciendo con ello los costes de transacción⁷²⁰.

⁷¹⁹ Ésta publicidad tiene especial trascendencia en el caso de los CDC de buen gobierno en tanto incidan en la fijación de los valores en la bolsa. Al respecto, cfr. DE LA CUESTA, “La autorregulación...”. *Ob. Cit.* Pág. 45).

⁷²⁰ Como señala MÉNDEZ GONZÁLEZ, “la finalidad esencial de todo sistema institucional consiste en reducir todo lo posible los costes transaccionales y, especialmente, su componente subyacente fundamental, cuales son los costes de información o incertidumbre”, pues “los sistemas de seguridad jurídica cautelar o preventiva en general, son instituciones surgidas,

Si consideramos la importancia de dicha reducción de costes de información como un efecto del control de legalidad asociado a la publicidad, se observa la conveniencia de contar, no sólo con un instrumento de control, sino con un instrumento que genere la publicidad de lo controlado. Ello permitiría una acción protectora más ágil de las entidades de consumidores antes señaladas. Es más, propiciaría incluso que cualquier consumidor, en caso de vulneración de sus derechos, pudiera contar con unos mecanismos de control y tutela más seguros, precisos, y sobre todo conocidos (información más perfecta) que los actualmente existentes.

Pues bien, si entendemos que los CDC son una herramienta en beneficio de los consumidores⁷²¹, y en tanto los caminos para lograr dicha protección procuran siempre eliminar respecto a estos los fallos del mercado que les pueden perjudicar (como son las asimetrías informativas), puede ser aconsejable en ciertos casos fijar un marco de publicidad vinculante y con el antedicho control de legalidad que permita una buena operatividad de los CDC, no sólo desde instrumentos privados, sino mediante fórmulas públicas de salvaguardia⁷²².

precisamente, con esa finalidad”. MENDEZ GONZALEZ, F.P. “La función económica de los sistemas registrales”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXVIII; número 671; mayo-junio 2002. Págs 875 a 900.

⁷²¹ Profundizando sobre este aspecto, podemos recoger las reflexiones de AGUILAR RUIZ referidas a la autorregulación, quien señala cómo “las técnicas autorregulatorias son utilizadas cada vez más por el legislador nacional y comunitario como signo de eficiencia en el buen funcionamiento del mercado” La misma autora señala antes que “los poderes públicos deben ser los encargados principales de corregir los fallos del mercado” (entre los que destaca las asimetrías informativas). AGUILAR RUIZ, L. “*Mercado, códigos de conducta y protección de los consumidores*”. Intervención en el II Congreso Internacional Códigos de Conducta y Mercado. Universidad Complutense. Madrid 2009. En REAL PÉREZ, A. (coordinadora) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010. Pág. 226.

⁷²² Como indica MÉNDEZ, “en los sistemas jurídicos más elementalmente organizados, las dificultades que originan las asimetrías informativas...se mitigan tan sólo mediante fórmulas

Leídas estas afirmaciones, hechas respecto del mercado inmobiliario, desde el problema de la autorregulación, bien podría postularse la publicidad jurídica de algunos CDCs que tengan especial incidencia en el mercado. En otro caso, si los CDCs son ocultos, o de difícil conocimiento, y carecen del adecuado control legal, nos podemos encontrar con que, en lugar de eliminar asimetrías las aumentan, imponiendo a los consumidores la carga de asumir unos costes de agencia que, o bien no pueden asumir, o bien sólo pueden asumir mediante un innecesario encarecimiento de la actuación de las organizaciones de consumidores. Ni que decir tiene que si esto es así el CDC verá disminuida la utilidad que venía a producir, o bien se convertirá en un problema. Ello haría aconsejable, en consecuencia, disponer de los medios de control y publicidad de que tratamos. La autorregulación debe ser un complemento de la regulación, procurando cubrir aquellos flancos a los que ésta no llega. Si la existencia de la autorregulación no se somete a unas exigencias mínimas de regulación, podría correr el riesgo de generar nuevos problemas que sólo podrían ser cubiertos por el regulador, y que en cualquier caso harán estériles los esfuerzos realizados para obtener resultados de la aportación autorregulatoria.

7º Considerado esto, podemos señalar que podría ser un buen medio para ofrecer seguridad a la incesante floración de CDCs la incorporación de los mismos a los sistemas de publicidad con efectos jurídicos hoy existentes. Ello

privadas de salvaguardia, basadas en la responsabilidad del transmitente establecida mediante garantías contractuales, cuya ejecución o *enforcement* se logra mediante la presencia repetida del vendedor en el mercado (a veces) y a través de la intervención judicial ex post, de modo que hasta que no se produce, eventualmente, una sentencia judicial, los «vicios ocultos», origen de las asimetrías informativas, perviven, lo que, como hemos visto, dificulta las transacciones sobre los bienes y derechos afectados. Para evitar estas asimetrías por derechos ocultos —y también, en alguna medida, para facilitar la actuación judicial ex post—, la práctica totalidad de los derechos modernos han dispuesto algún tipo de intervención pública ex ante que reduzca en la mayor medida posible los costes de información o incertidumbre en la contratación inmobiliaria. Esta es precisamente la finalidad de los sistemas registrales”. MENDEZ GONZALEZ, F.P. “La función económica...”. *Ob. Cit.*

contribuiría a disipar gran parte de las dudas o inseguridades en el ámbito de los CDCs y permitiría un uso más seguro y menos oportunista⁷²³ (por los efectos vinculantes que conllevaría, pero también por cuánto se evitaría sobrepasar las barreras hasta las que debe llegar la autonomía de la voluntad) de la autorregulación, con plena conformidad a la Ley, a las exigencias constitucionales previas a la misma, a la seguridad del tráfico jurídico y a las necesidades económicas, además de permitir un “acomodo”⁷²⁴ mayor del fenómeno .

En este orden, debemos destacar algunos logros que se han venido conquistando en normas de reciente promulgación. Así, es interesante el deber de comunicación del CDC impuesto por la Ley Audiovisual (art. 12.2), el deber de dar “*una publicidad suficiente*” a los CDC que impone el art. 37.2 LCD o el deber de que el CDC sea accesible por vía electrónica (art. 18 Ley 34/2002⁷²⁵). Dichos preceptos reconocen la necesidad de que los CDCs obtengan publicidad,

⁷²³ El creciente oportunismo parece haber sido considerado por el legislador comunitario. Fruto de dicha consideración es que se contemplen hoy en la legislación vigente normas frente a las prácticas desleales llevadas a cabo mediante la redacción de CDCs (art. 21 LCD).

⁷²⁴ DE LA CUESTA ha llegado a afirmar que el fenómeno autorregulatorio en el ámbito de las comunicaciones comerciales, tal cual está concebido, “no encuentra acomodo dentro de nuestro sistema jurídico” (“La autorregulación...”. *Ob. Cit.* Pág. 54).

⁷²⁵ Exigencia incorporada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. En palabras de la exposición de motivos “Se incorpora una nueva redacción al apartado 3 del artículo 18, en el sentido de que los códigos de conducta a que se refiere este precepto deberán ser accesibles por vía electrónica, fomentándose su traducción en las distintas lenguas oficiales del Estado y de la Unión Europea con el fin de proporcionarles la mayor difusión posible”. El Art. 10 de la misma Ley exige que los agentes de la contratación electrónica “*Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente*”. Esto entre las informaciones que “*tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes*”, deben estar accesibles por “*medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita*”. Pese a lo claro de la ley, a decir de CAVANILLAS “sorprende todavía a día de hoy con que poca diligencia los negocios electrónicos atienden estos requisitos de accesibilidad y sirve como botón de muestra de la dificultad con que se encuentra un consumidor para acceder al texto del código del principal sello de calidad español de comercio electrónico con consumidores –confianzaonline–”. CAVANILLAS MÚGICA, S. “Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 239.

pero lo hacen de un modo excesivamente débil. Dejan en manos de páginas web que controlan los propios interesados (y potenciales perjudicados por la aplicación de los Artt. 32 y 37 LCD) la publicidad de los CDC, y al privar al Estado del control de legalidad de los mismos (cuando no es el Estado quien redacta los CDC, claro está⁷²⁶), generará necesariamente unos efectos menos intensos que los que se producirían en caso de tener que pasar por una publicidad legal y por un control de acceso a la misma. Además, en la medida en que se reconozca valor normativo a la autorregulación, permitiendo su incidencia en una libertad constitucional de empresa, pero a través de normas que no emanan del Estado, se estarán creando unas condiciones de “privatización” del Derecho que sólo están justificadas como fruto de la autonomía de la voluntad cuando afectan sólo a quienes las han redactado. Pero en la medida en que afectan a terceros, estaría justificada la intervención estatal.

Por ejemplo, el Real Decreto 1801/2003 de 26 de Diciembre, que regula la seguridad general de los productos (D.A. 2^a)⁷²⁷, impone la aprobación por el Instituto Nacional de Consumo de los Códigos de buenas prácticas que se hayan redactado por las entidades interesadas⁷²⁸.

⁷²⁶ Supuesto nada extraño, como el caso que veremos del código de buenas prácticas de los entidades de crédito, y que no se descarta en otros ámbitos como la mediación civil y mercantil (cfr. Art. 12 Ley 5/2012).

⁷²⁷ RCL 2004/59; TOL 331.179.

⁷²⁸ *“Disposición adicional segunda Códigos de buenas prácticas en actuaciones destinadas a garantizar la seguridad general de los productos. 1. Los códigos de buenas prácticas en actuaciones destinadas a garantizar la seguridad general de los productos a los que se refiere este real decreto se podrán elaborar por los sectores empresariales correspondientes, las asociaciones de consumidores y los órganos administrativos competentes.*

2. A los efectos de este real decreto, estos códigos están sometidos a una aprobación final por parte de los órganos administrativos competentes en la que se valore su utilidad como instrumento al servicio de la seguridad general de los productos.

Por su parte, el Real Decreto 1163/2005, de 30 de Septiembre⁷²⁹, que regula el distintivo público de confianza⁷³⁰ de los servicios de la sociedad de la información, supedita la obtención del mismo a una serie de requisitos reglados y se concede y revoca por la Administración (Artt. 11 y 12)⁷³¹. Este Real Decreto,

3. Estos códigos podrán precisar, entre otros aspectos, el alcance del seguimiento por parte de los productores de los productos puestos en el mercado, las actuaciones que deben emprender en caso de sospecha razonable de la existencia de un riesgo, sus pautas de comportamiento, los sistemas de compensación e indemnización a los consumidores, los procedimientos de diálogo y comunicación con las Administraciones públicas y los medios de notificación a productores y distribuidores.

4. El Instituto Nacional del Consumo propiciará la elaboración y aprobará aquellos códigos de ámbito estatal, previa consulta con la Comisión de Cooperación de Consumo.

⁷²⁹ RCL 2005/2002; TOL709.050.

⁷³⁰ *Artículo 10 Órgano competente para la concesión y retirada del distintivo “La concesión y retirada del distintivo de confianza regulado en este real decreto, así como el ejercicio de las funciones dirigidas a velar por el mantenimiento de los requisitos que justifican su otorgamiento, corresponde al órgano competente en materia de consumo de la comunidad autónoma en que esté domiciliada la entidad promotora del código. Estas resoluciones tendrán validez en todo el territorio del Estado. A los efectos de la publicidad del distintivo prevista en el artículo 13, estos órganos deberán comunicar al Instituto Nacional del Consumo los actos de concesión o retirada del distintivo, dándole traslado de toda la información precisa para cumplir con las obligaciones impuestas por el citado precepto, en los cinco días siguientes a la adopción de las respectivas resoluciones. En idéntico plazo, a los efectos de la publicidad y del establecimiento de la necesaria cooperación administrativa a través de la Comisión de Cooperación de Consumo, tales órganos competentes darán traslado al Instituto Nacional del Consumo de la información que le hayan facilitado las entidades promotoras conforme a los artículos 8.3 y 9.a), c) y d)”.*

⁷³¹ *Artículo 11 Otorgamiento del distintivo 1. Las entidades promotoras de los códigos de conducta regulados en este real decreto presentarán su solicitud ante el órgano administrativo competente para la concesión y retirada del distintivo, a la que acompañarán de una copia del código, de la documentación acreditativa de la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de haberse comunicado el proyecto de código a la Comisión Europea.*

Asimismo, deberán aportar la documentación relativa a la adhesión de los prestadores de servicios que lo hayan suscrito al sistema extrajudicial de resolución de litigios que se prevea en el código.

2. En la tramitación de este procedimiento, el órgano competente para la concesión y retirada del «distintivo público de confianza en línea» podrá requerir cuantos informes estime pertinentes para valorar el alcance y contenido del código de conducta presentado y, en todo caso, con carácter preceptivo, el informe del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y de la Comisión de Cooperación de Consumo. En el caso de tratarse de códigos de conducta que afecten a actividades de venta a distancia deberá solicitarse el informe preceptivo de los órganos competentes en materia de inscripción, registro y control de estas empresas.

Asimismo, el órgano administrativo competente para la concesión y retirada del distintivo podrá solicitar el informe de los órganos competentes en materia de defensa de la competencia cuando, por el alcance y contenido del código, surgieran dudas sobre si puede afectar negativamente a la competencia.

que desarrolla la Disposición Final 8ª de la Ley 34/2002⁷³², añade ya una precisión sobre la publicidad de las concesiones y revocaciones de los distintivos públicos, debiendo publicarse en la página web del Instituto Nacional de Consumo (Art. 13⁷³³).

3. Las resoluciones que se dicten en este procedimiento deberán ser motivadas y se publicarán en el diario oficial de la comunidad autónoma competente, conforme a lo previsto en el artículo 10, y en el «Boletín Oficial del Estado».

Dichas resoluciones serán recurribles conforme a lo previsto en el capítulo II del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 12 Retirada del distintivo público de confianza. El derecho a la utilización y administración del «distintivo público de confianza en línea» podrá ser retirado si las entidades promotoras de los códigos de conducta reconocidos incumplen las obligaciones establecidas en este real decreto. La retirada del derecho a la utilización y administración del «distintivo público de confianza en línea» a una entidad promotora implicará la imposibilidad de su utilización por parte de los prestadores de servicios adheridos al código de conducta.

Asimismo, ante la inactividad de la entidad promotora y sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse frente a ella por tal causa, podrá retirarse directamente el uso del distintivo a los prestadores de servicios que incumplan manifiesta y reiteradamente el código de conducta cuya adhesión les confiera tal derecho.

La retirada del distintivo de confianza se tramitará mediante un procedimiento contradictorio y contará con el informe preceptivo de la Comisión de Cooperación de Consumo; asimismo, podrá adoptarse como medida provisional la suspensión del derecho a utilizar el distintivo. La resolución por la que se retire el distintivo será recurrible conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

⁷³² “En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno aprobará un distintivo que permita identificar a los prestadores de servicios que respeten códigos de conducta adoptados con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios, y que incluyan, entre otros contenidos, la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

⁷³³ Artículo 13 “Publicidad del distintivo 1. El Instituto Nacional del Consumo publicará en su página de Internet los códigos de conducta a los que se conceda el distintivo regulado en este real decreto; la relación de las entidades promotoras de dichos códigos y la de los prestadores de servicios adheridos; las sanciones impuestas a los prestadores de servicios por incumplimiento, si son públicas, especialmente cuando lleven aparejada la suspensión o expulsión del prestador de servicios del código o de la entidad promotora o la retirada del «distintivo público de confianza en línea», y la dirección establecida para la presentación de quejas por incumplimiento de los códigos y la de los órganos de resolución extrajudicial de conflictos previstos en los códigos de conducta. 2. Las entidades promotoras de los códigos de conducta a las que se haya concedido el derecho a la utilización y administración del distintivo regulado en este real decreto y los prestadores de servicios adheridos a tales códigos podrán usar, tanto gráficamente como por su denominación, el «distintivo público de confianza en línea» en todas sus manifestaciones internas y externas, incluidas las campañas de publicidad.

En todos estos casos, como se puede observar, se van dando pequeños pasos en una dirección clara hacia el control de legalidad y la publicidad con efectos jurídicos. Sin embargo, dichos pasos se dan sin la unidad y coherencia que cabría lograr mediante el recurso a instituciones de solvencia probada como los Registro jurídicos, en especial el Registro mercantil.

Por eso creo que es especialmente destacable el art. 32.3 LOPD, a cuyo tenor:

“Los códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos y, cuando corresponda, en los creados a estos efectos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 41. El Registro General de Protección de Datos podrá denegar la inscripción cuando considere que no se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, debiendo, en este caso, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos requerir a los solicitantes para que efectúen las correcciones oportunas”.

Dicho régimen, así como las obligaciones que conlleva la inscripción, ex art. 78 RPD⁷³⁴, pueden ser un buen punto de partida para una mayor

Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de información al consumidor, en particular, en relación con la adhesión a sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. 3. Las entidades promotoras y los prestadores de servicios adheridos a los códigos de conducta deberán posibilitar el acceso al contenido del código y a la dirección habilitada para presentar las quejas y reclamaciones a través de los soportes informáticos en los que se inserte el «distintivo público de confianza en línea».

⁷³⁴ “Obligaciones posteriores a la inscripción del código tipo. Las entidades promotoras o los órganos, personas o entidades que al efecto se designen en el propio código tipo tendrán, una vez el mismo haya sido publicado, las siguientes obligaciones:

a) Mantener accesible al público la información actualizada sobre las entidades promotoras, el contenido del código tipo, los procedimientos de adhesión y de garantía de su cumplimiento y la relación de adheridos a la que se refiere el artículo anterior. Esta información deberá presentarse de forma concisa y clara y estar permanentemente accesible por medios electrónicos.

b) Remitir a la Agencia Española de Protección de Datos una memoria anual sobre las actividades realizadas para difundir el código tipo y promover la adhesión a éste, las actuaciones de verificación del cumplimiento del código y sus resultados, las quejas y reclamaciones tramitadas y el curso que se les hubiera dado y cualquier otro aspecto que las entidades promotoras consideren adecuado destacar. Cuando se trate de códigos tipo inscritos en el registro de una autoridad de control de una comunidad autónoma, la remisión se realizará a dicha autoridad, que dará traslado al registro General de Protección de Datos.

efectividad del fenómeno autorregulatorio⁷³⁵, asociada a la publicidad previo control por un funcionario con alta cualificación.

2.3 La calificación registral.

Se entiende por calificación registral el juicio de legalidad que lleva a cabo el Registrador para determinar si un título inscribible reúne o no los requisitos necesarios para la inscripción⁷³⁶.

c) Evaluar periódicamente la eficacia del código tipo, midiendo el grado de satisfacción de los afectados y, en su caso, actualizar su contenido para adaptarlo a la normativa general o sectorial de protección de datos existente en cada momento.

Esta evaluación deberá tener lugar, al menos, cada cuatro años, salvo que sea precisa la adaptación de los compromisos del código a la modificación de la normativa aplicable en un plazo menor.

d) Favorecer la accesibilidad de todas las personas, con especial atención a las que tengan alguna discapacidad o de edad avanzada a toda la información disponible sobre el código tipo.”

⁷³⁵Igualmente cabe destacar la obligación impuesta a las fundaciones de informar a cerca del cumplimiento del Código de Conducta de sus inversiones, en el art. 25 del RD 1337/2005 de 11 de Noviembre (RCL 2005/2277; TOL735.141), el cual es inscribible en el Registro de Fundaciones en los términos del art. 10 del RD 1611/2007 de 7 de Diciembre que regula el Reglamento del Registro de Fundaciones. Sin embargo, en la medida en que el art. 25 del mencionado Real Decreto trata del códigos de conducta aprobados por entidades reguladoras (en desarrollo de la Disposición Adicional 3º de la Ley 44/2002 de reformas del Sector financiero), no creo que formen parte del fenómeno autorregulatorio al que estamos aludiendo en este trabajo, sino más bien a un supuesto de normas con fuerza reglamentaria.

⁷³⁶ A de GOMEZ GALLIGO, “Calificar, en Derecho hipotecario o registral, es determinar si el acto o contrato (título tanto en sentido formal como en sentido material), presentado al Registro de la Propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros, con la finalidad de que sólo tengan acceso, y por tanto la protección del sistema, los títulos válidos y perfectos” (GÓMEZ GALLIGO, J. “La calificación registral”. En *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*. Año XLIV; número 159 (2ª época); julio-agosto 2009. Págs 1577 a 1620).

Sumamente clarificador respecto de la calificación es GARCÍA GARCÍA, quién señala que “por tanto, se trata de una calificación de un órgano que no ha sido autor del documento y que...mira no sólo a las relaciones *inter partes*, sino también a los efectos respecto de terceros” (GARCÍA GARCÍA, J.M. *Derecho Inmobiliario registral o Hipotecario*, tomo I. Ed. Civitas, S.A. Madrid 1988, pag. 552.). Como ya señalara CAMPUZANO y HORMA “hay que tener en cuenta que el Notario tiende, principalmente, a establecer una relación jurídica entre las partes y, en cambio, el Registrador obra en nombre del Estado, para dar determinados efectos a esa relación, y , por consiguiente, antes de tomarla a su cargo el Estado está en el deber de juzgarla para saber si debe o no protegerla” (CAMPUZANO Y HORMA, F. *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2ª Ed, reformada, vol. II, Editorial Reus. Madrid 1931).

La calificación jurídica está prevista en nuestro ordenamiento con diferente alcance para los diferentes Registros, y suele ser más o menos intensa en función de los efectos que la inscripción haya de tener. La intervención de los Registradores se suele utilizar con frecuencia para asegurar que se cumplen otros requisitos, cumpliendo los Registros jurídicos un importante papel a la hora de controlar determinados intereses públicos⁷³⁷. Dicha intervención, suele estar relacionada con los efectos que la situación que publica el Registro producen frente a terceros (lo cual no ocurre sólo en las adquisiciones⁷³⁸ de bienes⁷³⁹, sino también en otros caso como por ejemplo, la adquisición de la personalidad jurídica es un dato de gran importancia para los terceros que se relacionan con la misma, de ahí que para llevar a cabo la publicación se verifiquen ciertos requisitos de legalidad en aras de la seguridad de terceros⁷⁴⁰). Efectos que cuánto más fuertes son más certidumbre generan⁷⁴¹, de

⁷³⁷ Entre los cuales el supuesto más destacado es el del pago de los impuestos devengados (Art. 254 y 255 LH). Intervención que a decir de GUILLARTE y RAGA procede la “prehistoria hipotecaria” como demuestra el RD 31 de Diciembre de 1829, que ya contempló la necesidad de que, antes de verificarse la inscripción en la Contaduría de Hipotecas, se verificase el pago del impuesto que la hipoteca devengaba (GUILLARTE GUTIÉRREZ, V- RAGA SASTRE, N. *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*. Valladolid, Lex Nova 2010. Pág. 99).

⁷³⁸ En algunos sistemas, la inscripción en la determinante de la adquisición que se produce, como por ejemplo en el llamado sistema Torrens. Al respecto, vid. TORRENS, Sir Robert Richard. *Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro. Según el método de duplicados vigente en las colonias británicas*. Traducción de NOGUEROLAS PEIRÓ, N., MARTINEZ ESCRIBANO, C. Cizur menor, Aranzadi 2011. Págs. 99 y 100. Entre los estudios en castellano, ARRIETA SEVILLA, L.J. *El Torrens title y el Registro de la Propiedad español*. Madrid, Colegio de Registradores 2010. Págs. 104 y ss.

⁷³⁹ Una intervención de fuerte control de legalidad seguida de unos efectos más intensos es habitual tanto en los sistemas de influencia germánica como en determinados sistemas anglosajones. Al respecto, vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. “Los sistemas de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en Europa”. En AA.VV. (ORDUÑA MORENO, F.J.-DE LA PUENTE ALFARO, F.) *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*. Cizur menor, Civitas 2009. Págs. 25 a 53.

⁷⁴⁰ Terceros que también están protegidos por el Registrador en el procedimiento registral relativo al reconocimiento de derechos reales. Al respecto resulta muy clarificadora la exposición que hacen GUILLARTE y RAGA de la “articulación de la presencia en el

ahí que importantes tratadistas consideren convenientes los Registros de efectos más intensos⁷⁴².

Trasladados estos conceptos al campo de los códigos de conducta, podríamos decir que calificar sería determinar si el CDC reúne o no los requisitos establecidos por la ley con la finalidad de que sólo produzcan los efectos vinculantes deseados aquellos instrumentos que se haya comprobado que son validos.

Aunque es evidente que no es igual la publicidad jurídica previo control en los campos en los que actualmente actúa (fundamentalmente reconocimiento de derechos reales y formalización de empresas), que dar publicidad y eficacia a los CDC, no lo es menos que dicha publicidad generaría una seguridad que podría hacer recomendable la introducción de estos medios de control y exteriorización al campo de la autorregulación en determinados supuestos. Sobre todo teniendo en consideración el problema planteado por autores como DE LA CUESTA relativo a la potencial superación por los CDC del ámbito de la autonomía de la voluntad a que deben quedar limitados los mismos. Si uno de los fundamentos de “la intervención del Estado en la constitución de derechos

procedimiento registral de los afectados por la inscripción” (*El procedimiento registral...Ob.Cit.* Pág. 101 a 109).

⁷⁴¹ En el concreto campo de los derechos reales, se suele partir de la afirmación de COASE de que si los derechos reales son ciertos y están bien asignados, el mercado es eficiente. Cfr. GOMEZ POMAR, F. “Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?”. *ADC*, vol.51, n.3, 1998, Págs. 1035 y ss.

Como afirma MARTÍNEZ VELENCOSO “la ley puede fomentar la negociación reduciendo los costes de transacción”. Al que ocurre cuándo la legalidad de los derechos esta mas clara. Cfr. MARTÍNEZ VELENCOSO “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de la publicidad inmobiliaria”. En AA.VV. (ORDUÑA MORENO, F.J.-DE LA PUENTE ALFARO, F.) *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*. Cizur menor, Civitas 2009. Pág. 53.

⁷⁴² Así, MERRILL Y SMITH al tratar de la inscripción de los derechos reales en los diferentes sistemas registrales de los Estados Unidos (*Propiedad y derechos reales*. Traducción de SANTDIUMENGE, J. y GILI, M. Aranzadi, Cizur menor 2013. Págs. 224 y ss).

reales”⁷⁴³ es precisamente la existencia de efectos para terceros de la creación de los derechos reales, y uno de los problemas señalados es esa misma eficacia superadora de la relatividad contractual que levanta las quejas de la doctrina, no sería descabellado someter la eficacia de las relaciones jurídicas con efectos para terceros a los mismos controles que se somete otras relaciones jurídicas con efectos a terceros cuales son las relaciones jurídico- reales. Aun cuándo no se aceptase la comparación, no cabe desconocer que ese mismo control registral por sus efectos *erga omnes* es el que justifica la intervención en la vida de las sociedades (constitución, apoderamientos, actos de modificación) a través del Registro Mercantil⁷⁴⁴.

Si repasamos esos pilares sobre los que descansa la calificación registral⁷⁴⁵, observaremos que dichos pilares podrían ser tenidos en cuenta en el campo de la autorregulación.

En efecto, sostiene la doctrina (refiriéndose fundamentalmente a la calificación en el Registro de la Propiedad inmueble) que la calificación se sustenta en servir de soporte a las fuertes presunciones que genera el sistema

⁷⁴³ Sugerente título del trabajo de NOGUEROLES relativo al Registro de bienes inmuebles. Cfr. NOGUEROLES PEIRÓ, N. La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad. En *Teoría y Derecho*. Revista semestral: Junio 5/2009. Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 39-65.

⁷⁴⁴ No se puede desconocer por otra parte que es precisamente a partir de la inscripción en el Registro Mercantil cuándo tienen lugar determinados efectos como la protección de terceros de buena fe que han contratado con administradores o con la sociedad, lo cual a la postre incide en el reconocimiento de la propiedad sobre determinado patrimonio a uno u otro sujeto responsable. De ahí que afirme ARRUNADA que “los efectos que entraña la ubicación del control sobre la protección de los derechos en el caso mercantil son similares a los que se observan en el ámbito de la propiedad inmueble” (*Ob. Cit.* Pág 154), lo cual a su juicio no es de extrañar “ya que, como afirman Harsmann y Kraakman, “el derecho de sociedades es mucho más importante como derecho de propiedad que como derecho de contratos” (Henry HANSMANN y Reinier KRAAKMAN, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale Law Journal*, vol.110, num. 3, diciembre, 2000,p. 390).

⁷⁴⁵ Puede resultar ilustrativo repasar lo que ha dicho la doctrina nueva y antigua al respecto de la calificación, lo cual puede verse en AA.VV. *La calificación registral*, tomo III, Págs. 2507 a 2781.

hipotecario⁷⁴⁶ y, más aún, a la posibilidad de ejecución sumaria que se deriva de la constancia registral de un determinado derecho (Art. 130 LH) ⁷⁴⁷. Asimismo, destaca que la calificación tiene una fundamentación económica, a saber, la ya mencionada de posibilitar el libre funcionamiento del mercado previo control por un agente distinto de las partes interesadas, lo cual redunda en la reducción de costes transaccionales.

Pero sobre todo, y esto es lo que aquí más nos interesa, la calificación tiene también base y justificación

“en los principios constitucionales de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y seguridad jurídica (proclamados en el art. 9 de la Constitución española), que obligan a la propia Administración al sometimiento a la legalidad y a la adopción de instrumentos que garanticen ese superior valor que es la seguridad jurídica, entre los que se encuentran los que integran la seguridad jurídica preventiva”⁷⁴⁸.

Si, como parece mostrar la realidad, se pretende y procura hacer desempeñar a la autorregulación un papel en las fuentes de las obligaciones (hasta el punto de darle a la misma un reconocimiento legal y una promoción por los poderes públicos), no puede y no debe hacerlo sin que ese desarrollo de la autorregulación se lleve a cabo desde el respeto a los principios constitucionales mencionados y con pleno sometimiento a los mismos.

Considerado esto, entiendo que es necesario el establecimiento de mecanismos que permitan la plena efectividad de esos principios de base constitucional. Siendo uno de esos medios la publicación en un Registro jurídico, previa calificación (con el correspondiente control de legalidad *ex*

⁷⁴⁶ Cfr. Artt. 34 y 38 LH.

⁷⁴⁷ Cfr. GOMEZ GÁLLIGO, J. “La calificación registral”. *Ob.cit.*, p.1583. Sus afirmaciones al respecto son prácticamente al Registro de la Propiedad Mueble.

⁷⁴⁸ GOMEZ GÁLLIGO, J. “La calificación registral”. *Ob.cit.*, p.1583.

ante), la cual se sustenta en estos principios, no sería descabellado observar las posibilidades de extensión de este sistema al campo de la autorregulación o bien las posibilidades de subsunción de la autorregulación en categorías inscribibles (considerado que la autorregulación es un fenómeno que no es único).

3. La publicidad registral de la autorregulación: posibilidades y efectos

3.1 Consideraciones generales

3.1.1 Sobre la publicidad de los instrumentos normativos.

Con carácter general, toda norma en condiciones de afectar a una comunidad debe ser susceptible de conocimiento por la misma. Es discutido que exista un deber de conocer, pero lo cierto es que si, por razones de eficacia, la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (Art. 6 CC), debe existir al menos la posibilidad de alcanzar el mismo.

En base a este principio general, toda norma susceptible de tener efectos generales, se publica en medio accesible a todos los afectados (lo cual en esta etapa tecnológica se facilita considerablemente) .

Esto esta claro respecto de normas con eficacia general, e incluso respecto de actos administrativos que afectan al conjunto de la población, como pueden ser circulares o instrucciones.

En línea con lo anterior, algunas normas se publican, no sólo para sus afectados, sino también para los terceros que con los mismos se relacionan. Es el caso de los Estatutos de entidades de Derecho público, o los Convenios Colectivos de trabajo: aunque cabría limitar su conocimiento a únicamente los afectados por los mismos, se publican en Boletines oficiales en beneficio de los terceros que se relacionan con las entidades, de los trabajadores que hayan de estar vinculados por un contrato sometido al Convenio colectivo

correspondiente o de cualquier persona interesada. Con base en esta premisa general, afirman quienes han estudiado el llamado *soft law* en el Derecho público que, aun cuando no están claros los procedimientos para su elaboración y promulgación, un trámite esencial que si se debe seguir si se pretende gozar de efectos *ad extra* es su publicación⁷⁴⁹.

Con el mismo fundamento (posibilitar el conocimiento de interesados), determinadas reglas, normalmente de naturaleza meramente contractual o acuerdos privados, se publican *erga omnes* en un Registro jurídico. La inscripción suele ir asociada a la consecución de ciertos efectos sobre el hecho, acto o negocio que se inscribe.

Vista la publicidad registral de normas desde el punto de vista de la eficacia *erga omnes*, el problema y la solución es en parte el mismo para el Derecho objetivo, que para el derecho subjetivo: lo que a todos afecta, por todos debe ser aprobado, y para los casos en que la aprobación es una adhesión (por ejemplo, entrar a formar parte de una Asociación), se posibilita conocer *ex ante* qué es lo que me va a afectar. Lo más habitual es que las reglas generales (Derecho objetivo) se publiquen en boletines, y los Registros se dejen para derechos subjetivos. Sin embargo, esto no es así en estos casos, y en ocasiones los Registros dan noticia de la aplicabilidad de una norma, o bien reflejan normas que delimitan el derecho subjetivo de una persona (por ejemplo, un socio).

⁷⁴⁹ SARMIENTO, D. *El soft law administrativo*. Thomson- Civitas, Cizur menor 2008. Pág. 106.

A esto responde toda la publicidad de las personas jurídicas (cfr. Registro Mercantil o Registro de Entidades) o de entidades sin personalidad que tienen ciertas normas capaces de afectar a terceros (como por ejemplo las comunidades de vecinos, respeto de las cuales el Registro de la Propiedad actúa como Registro de entidad⁷⁵⁰). Del mismo modo, a esto responde el régimen de publicidad registral de las condiciones generales de la contratación: **las mismas solo terminarán siendo regla para un derecho subjetivo mediante un contrato, pero entretanto se publican como regla de potencial aplicación. El hecho de que los directamente interesados en estas reglas, potenciales titulares de derechos subjetivos regidos por las mismas, no estén todavía determinados; unido al hecho de que no suele ser toda la colectividad, hace que se utilicen los Registros en lugar de los boletines.**

Estas ideas generales deben tenerse presentes para valorar adecuadamente hasta qué punto los CDC deberían gozar de una publicidad con efectos jurídicos. Si se trata de normas o contratos que hayan de producir efectos similares a otras normas o contratos sujetos a publicidad jurídica (es decir, en Registros jurídicos o boletines oficiales), es evidente que deberían gozar de la misma publicidad. Si, por el contrario, se tratase de meras determinaciones persuasivas dirigidas a suscitar conductas ejemplares, resulta mucho más dudoso que se deba gozar de la misma publicidad, pues lo trascendental en el orden jurídico será la costumbre, el uso o la conducta que mediante los CDCs se alcance, las cuales gozan de publicidad por si mismas.

⁷⁵⁰ Como se verá más adelante al tratar de la inscribibilidad de las normas de régimen interior de las comunidades de vecinos.

A este respecto, debemos tener presente, además de la distinción entre derechos subjetivos y Derecho objetivo, reglas y principios, códigos vinculantes y no vinculantes, la diferencia entre lo que se conoce como publicidad efecto y lo que se conoce como publicidad noticia. La primera expresión hace referencia a la publicidad registral que produce un efecto respecto de lo publicado (por ejemplo, la legitimación respecto del derecho real inscrito, o la oponibilidad de la legitimación de un apoderado para actuar en nombre de una sociedad). La segunda, la publicidad de alguna situación que produce efectos sin necesidad del Registro, pero que se refleja para mayor seguridad o conocimiento. Cuando se habla de publicidad noticia, se habla por tanto de la publicación por el Registro de datos, situaciones o hechos respecto de los cuales la publicación no juega un papel determinante en la consecución de un efecto jurídico. El caso típico es el del urbanismo: la sujeción de cierto suelo a la Ley urbanística, con las consecuencias que ello pueda acarrear, se produce *ex lege*. La publicación es únicamente para transmitir mayor seguridad al mercado.

De algún modo (lo cual conecta con las distinciones anteriores), se podría decir que la publicidad efecto está pensada para los derechos subjetivos (los cuales nacen del negocio, y por tanto necesitan de la publicidad para surtir efectos frente a terceros), en tanto que la publicidad noticia está pensada para situaciones que afectan a una finca por Derecho objetivo, de modo que publicitarla puede ofrecer mayor seguridad, pero no dependen de la publicidad los efectos.

En el caso de los códigos de conducta, si las normas contenidas en los mismos fuesen coactivas, en tanto afectan a derechos subjetivos tendría sentido darles una publicidad que sea efecto (y así será, publicidad- efecto, cuando los

códigos entren en los moldes de situaciones hoy registrables con efecto como las condiciones generales, los estatutos de las sociedades mercantiles, o las normas de comunidades de vecinos). Si, por el contrario, las normas fuesen “Derecho objetivo” (lo ponemos entre comillas pues lo usamos en sentido impropio, ya que será un Derecho objetivo más directivo que coactivo, más mandato de optimización que regla coactiva) que pretenda determinar comportamientos, lo normal es que el efecto de las mismas derive de su valor y publicidad en boletines oficiales, pero no de su registración. Al igual que ocurre con las normas de Derecho objetivo que reciben publicidad noticia, la registración es a los solos efectos de ofrecer seguridad por dar mayor cantidad de información. Pero a diferencia de lo que ocurre con las normas de Derecho objetivo “normales”, los códigos de conducta no están sometidos a un control de legalidad en su proceso de elaboración. Ello justificaría que, si se inscriben, el control de legalidad haya de ser más intenso.

Estas diferenciaciones deben tenerse presentes para el capítulo que ahora comenzamos: todo planteamiento sobre la publicidad registral de los CDC estará necesariamente relacionado con la general cognoscibilidad del código y como repercute la misma en la eficacia que el CDC haya de producir.

No existiendo normas generales para la publicidad registral de reglas (pues las normas generales son más bien sobre la publicidad de derechos subjetivos), y no existiendo tampoco una regla general sobre el efecto obligatorio de los CDC, cualquier indagación debe construirse sobre la base del parecido con figuras en las que (sin recurso a la analogía) los CDCs podrían encajar. Faltando el encaje, los CDC ni serán coactivamente vinculantes, ni tampoco gozarán de un canal por el que lograr la publicidad registral efecto. A falta de eficacia

vinculante, o cuando esta sea meramente moral o consuetudinaria, la publicidad jurídica solo podría ser noticia, lo cual debe valorarse en sus justos términos para lo que diremos en este capítulo.

3.1.2 Publicidad y control de legalidad.

De lo dicho resulta con claridad que los CDC (sobre todo si han de producir un efecto jurídico- coactivo vinculante) necesitan de una publicidad que facilitase la exigibilidad del cumplimiento del CDC y un adecuado control de legalidad del mismo. Para los casos de normas de producción privada, que afectan o pueden afectar a derechos subjetivos (sean de sus titulares actuales, sean de potenciales adquirentes) este control se produce en la actualidad a la vez o con ocasión de la registración, como veíamos al tratar de la calificación registral. La vinculación entre publicidad- control debe ser tenida en cuenta para valorar la conveniencia de ambas: el Estado supedita la tutela de ciertos derechos⁷⁵¹ publicar asegura el control, y el control abre la puerta a una publicidad- efecto⁷⁵². Es desde ahí desde donde podemos valorar la conveniencia de ambas.

Por ello, para reforzar aún más las tesis mantenidas podemos, partiendo de las figuras y finalidades antes mencionadas (regulador, autorregulador,

⁷⁵¹ Por ejemplo, gozar de limitación de responsabilidad en una sociedad de capital o bien tener reconocido y ejecutable (art. 130 LH) un derecho de hipoteca.

⁷⁵² Se suele decir que el Estado juega a través del Registro “un papel decisivo en la generación y protección de los derechos reales” (Cfr. GUILARTE GUITÉRREZ, V.. RAGA SASTRE, N. *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*. Lex Nova. Valladolid 2010. Pág. 82). Sobre el particular es sumamente clarificador NOGUEROLLES PEIRÓ, N. “La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad”. En *Teoría y Derecho*. Revista semestral: Junio 5/2009. Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 39-65.

gatekeeper, control de legalidad, eliminación de asimetrías informativas...), hacer ahora referencia a las distintas vías de solución de los problemas que puede generar el fenómeno autorregulatorio. Así, es evidente que en tanto se pone en marcha un CDC y se ofrece a los consumidores la certeza de poder esperar un determinado comportamiento por parte de las entidades autorreguladas (sobre todo si este integra la obligación por la vía del art. 1258 CC), se pueden generar una serie de problemas derivados del incumplimiento o de la ilegalidad de las normas contenidas en el CDC, en la medida que éstas no ofrezcan las garantías necesarias a las partes interesadas o bien introduzcan reglas ilícitas (así por ejemplo contrarias a la competencia). Todos estos problemas pueden ser resueltos (y de hecho hoy es la única vía, como se desprende los Artt. 12 LA y 37 LCD) *ex post*, mediante la intervención de Jueces o bien de órganos arbitrales o de defensa de la competencia, o de los “órganos independientes de control” (expresión habitual respecto de determinados CDCs: cfr. art. 37.4 LCD o art. 75 del RPDP⁷⁵³); o bien mediante el control *ex ante* de la

⁷⁵³ A cuyo tenor “1. Los códigos tipo deberán incluir procedimientos de supervisión independientes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los adheridos, y establecer un régimen sancionador adecuado, eficaz y disuasorio.

2. El procedimiento que se prevea deberá garantizar:

- a. La independencia e imparcialidad del órgano responsable de la supervisión.
- b. La sencillez, accesibilidad, celeridad y gratuidad para la presentación de quejas y reclamaciones ante dicho órgano por los eventuales incumplimientos del código tipo.
- c. El principio de contradicción.
- d. Una graduación de sanciones que permita ajustarlas a la gravedad del incumplimiento. Esas sanciones deberán ser disuasorias y podrán implicar la suspensión de la adhesión al código o la expulsión de la entidad adherida. Asimismo, podrá establecerse, en su caso, su publicidad.
- e. La notificación al afectado de la decisión adoptada.

3. Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, los códigos tipo podrán contemplar procedimientos para la determinación de

adecuación a la legalidad de los instrumentos de la autorregulación. En el primer caso, se generarán no pocos costes de Abogados, entidades de defensa de intereses colectivos etc. Todos estos gastos pueden hacer degenerar el fenómeno autorregulatorio en una nueva fuente de costes. Sin embargo, en la medida que se lleve a cabo un control *ex ante* y una adecuada publicidad (como dispone para la protección de datos el art. 32 LOPD), podremos disponer de una certidumbre previa sobre la existencia, vigencia y contenido del CDC y nos garantizaremos un control que hará innecesario en la mayoría de los casos solicitar la tutela *ex post* frente a estos males. Además, respecto de los casos de incumplimiento de los CDC, la claridad, que facilitará la exigibilidad, minimizará los litigios y con ello las desconfianzas. Con carácter general, el control previo proporcionará normalmente unas condiciones mejores y más seguras⁷⁵⁴ para lograr la efectividad del CDC: por ejemplo, pensemos en los acuerdos sociales inscribibles y la posible exigibilidad de que los mismos se amolden a las exigencias del CDC.

Éste tipo de control *ex ante*, constituirá una garantía para el derecho de los afectados que normalmente les ahorrará costes. El control garantiza los derechos de los interesados, sean éstos parte en los contratos afectados (pensemos en socios minoritarios de una sociedad mercantil) o bien “terceros” (pensemos en potenciales inversores en la misma). Los primeros, si al controlar

medidas reparadoras en caso de haberse causado un perjuicio a los afectados como consecuencia del incumplimiento del código tipo.

4. Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las competencias de la Agencia Española de Protección de Datos y, en su caso, de las autoridades de control de las comunidades autónomas.”

⁷⁵⁴ A veces en interés de la propia entidad autorregulada: piénsese en la ya citada Resolución de 26 de Mayo de 2000 del Servicio de Defensa de la Competencia, en la que la propia entidad pide ser un dictamen sobre la legalidad de su CDC.

la legalidad de los actos sujetos al CDC se exige su aplicación, no tendrán que litigar después para lograr en su caso la efectividad de su derecho⁷⁵⁵ o en su caso una indemnización⁷⁵⁶, y además lograrán certeza sobre la legalidad (lo cual no es baladí y a veces interesa respecto de terceros⁷⁵⁷). Los segundos, por cuánto si el derecho que se va a contratar es más claro, será necesaria una auditoría legal menos intensa (y seguramente una “ingeniería jurídica” –que es en lo que a veces se convierte la superposición de instrumentos autorregulatorios- menos complicada⁷⁵⁸). A decir de ARRUÑADA (respecto del Registro Mercantil), si

“el registro se limita a publicar los actos sociales sin verificar su legalidad”, se “requerirá de los adquirentes una *due diligence* más intensa, para reforzar sus derechos obligacionales. Este fenómeno se plantea en una forma u otra para todo tipo de transacciones, desde una simple compraventa, hasta la suscripción de valores”⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ Pensemos en el caso de accionistas o partícipes minoritarios. Si esto ostentan por el contrato social algún derecho sobre los acuerdos inscribibles adoptados en el seno de la sociedad de capital, su derecho queda más y mejor garantizado si se exige el sometimiento al CDC que si se prescinde de dicha exigencia.

⁷⁵⁶ Ello sobre la base de un CDC obligatorio y exigible, lo cual no sucederá en todos los casos, pero en aquellos donde el CDC sea exigible, entonces tiene todo el sentido la tutela vía control *ex ante*.

⁷⁵⁷ Revelador del interés de parte es la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de Mayo de 2000 (AC 4777), que resolvió la petición de aprobación de un código de la Federación de Bebidas Espirituosas a solicitud de la propia federación, que redactó el código como compromiso público con la legalidad vigente y quería un pronunciamiento oficial al respecto de la legalidad del código redactado.

⁷⁵⁸ A veces el grado de sofisticación de la ingeniería es directamente proporcional al grado de incertidumbre que la falta de controles y certezas previas suscitan en el mercado. Como ejemplo histórico, debemos señalar que a decir de HARRIS, las *unicorporated companies* (una suerte de sociedades irregulares existentes en el Derecho inglés con anterioridad a la Ley de 1844 que creó el Registro inglés de sociedades) “sufrían todo tipo de dificultades y quedaban a expensas de ciertas decisiones judiciales” (cfr. ARRUÑADA, B. *Coste frente a eficiencia institucional*. Cizur menor. Civitas, 2010. Pág. 114).

⁷⁵⁹ Cfr. ARRUÑADA, B. *Formalización de empresas. Coste frente a eficiencia institucional*. Cizur menor. Civitas, 2010. Pág. 152.

En uno y otro caso, además de una mayor efectividad a los derechos, el control *ex ante* proporcionará normalmente una reducción de costes⁷⁶⁰.

Este control *ex ante* de la legalidad requiere de un agente ajeno a las partes interesadas, una imparcialidad que no suelen tener los órganos de control de los instrumentos de autorregulación, que son puestos por los propios entres autorregulados. Aun cuando éstos órganos fuesen imparciales (como ocurre, a grandes rasgos, con el Jurado de Autocontrol de la publicidad, cuyas resoluciones han sido a veces muy favorables al consumidor, con el correspondiente descontento por parte de las empresas “sancionadas”), si los mismos llegan a adquirir una potestad excesiva respecto de los sujetos autorregulados, podría comenzar a plantearse (y de hecho se ha llegado a plantear respecto de autocontrol⁷⁶¹) el problema del cuestionamiento de la legitimidad por parte de los mismos⁷⁶². Ello generará decepción y desconfianza en el sistema en unos casos (pues se rompe la confianza legítima de los consumidores) y dará lugar a conflictos e inseguridades en otros, haciendo en todo caso ineficaces para muchos supuestos los esfuerzos en teoría pretendidos con la autorregulación.

La necesidad de control de licitud y de publicidad está ya presente en la aún escasa regulación sobre CDC. Así, por ejemplo, el art. 12 LA contempla que

⁷⁶⁰ Al respecto hay que pensar que el control previo ha sido defendido no sólo respecto de la formalización de empresas o de la constitución de derechos reales, sino también en otros ámbitos como el mercado de valores, respecto del cual EASTBOOK y FISCHER afirman que “la revisión administrativa a priori puede ser mucho menos costosa que la toma posterior (y arriesgada) de decisiones judiciales”. Citados por ARRUNADA, B. *Formalización...Ob. Cit.* Pág. 153.

⁷⁶¹ Cfr. Las opiniones de DE LA CUESTA y las resoluciones (fundamentalmente en materia de competencia) citadas en los capítulos anteriores.

⁷⁶² Y con razón, pues lo que a todos afecta por todos debe ser aprobado, y por otro lado el papel que el ordenamiento reconoce a la autonomía de la voluntad es el que es: vid. Capítulo 5.

la aprobación de un CDC vaya acompañada de comunicación a las autoridades audiovisuales y a los organismos de representación de los consumidores; el art. 37 LCD alude a la necesidad de dotar al CDC de una publicidad suficiente. Entrando en el problema del control de legalidad, el art. 12.4 LA dispone que

“Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto”;

El art. 32 LOPD por su parte contempla *“denegar la inscripción cuando considere que no se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia”;*

Y los artt. 37, 38 y 39 LCD estructuran el mecanismo para el control de la legalidad de los CDC en relación con las disposiciones reguladoras de la competencia. Dichos preceptos pueden ser valorados como un primer paso, pero estimo que en ningún caso deberían ser el punto de llegada si se pretende es una autorregulación con efectos jurídico- coactivos⁷⁶³. En efecto, expresiones tan vagas como *“publicidad suficiente”* contrastan con una publicidad oficial (que es la propia de las normas o de derechos que surtan efectos frente a terceros), prevista para otros supuestos por el ordenamiento, con resultados en general positivos (cfr. Condiciones generales de la contratación, folletos informativos en el ámbito del mercado de valores, o las circunstancias relativas a las sociedades). Igualmente, sin que deje de ser loable que se controle el que los CDC no sean contrarios a las normas sobre competencia o las relativas la protección de datos, creo que interviniendo en la aprobación y aplicación de los mismos bienes jurídicos objeto de tutela por otras normas y otros órganos, no

⁷⁶³ Si lo único que se pretende es suscitar costumbres mediante un Derecho persuasivo, la publicidad no es igual de necesaria. Pero en todo caso debe valorarse que incluso las normas persuasivas allá donde existen se publican en los mismos términos que las coactivas.

sería descartable postular un control más extenso y a la vez más concentrado institucionalmente⁷⁶⁴ de su contenido.

De entre los medios e instituciones actualmente existentes en nuestro ordenamiento, la función de publicidad que en la actualidad desempeñan los Registros jurídicos respecto de determinadas figuras afines al fenómeno autorregulatorio⁷⁶⁵, justificarían plantear (al menos) la posibilidad de llevar a cabo una publicación de los CDC en los mismos. En la medida en lo corriente en los Registros jurídicos en España⁷⁶⁶ el control de la legalidad y, derivado del mismo, unos intensos efectos⁷⁶⁷ sobre lo publicado⁷⁶⁸, los efectos de los mismos

⁷⁶⁴ Las posibilidades que hoy ofrece la tecnología para la interoperabilidad de datos entre Registros jurídicos haría aconsejable una mayor concentración en un solo punto o ventanilla de determinados trámites. Al respecto, cfr. ARRUÑADA, B. *Formalización...Ob. Cit.* Págs. 247 a 271.

⁷⁶⁵ Y en las cuales éste puede tener acomodo en unas condiciones de seguridad y obligatoriedad más claras y seguras.

⁷⁶⁶ En el estudio de los Derechos registrales inmobiliarios comparados, es habitual diferenciar entre Registros de documentos (que simplemente archivan documentos, ofreciendo la información derivada de los mismos, pero sin un juicio sobre su legalidad ni la determinación de la prioridad entre ellos) y los Registros de derechos, que fijan con mayor claridad la asignación de derechos. Al respecto vid. ARRUÑADA, B. *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los Registros públicos*. Civitas, Cizur menor, 2013. Págs. 235 a 247.

⁷⁶⁷ No obstante, hay que tener presente que los efectos que producen los diferentes Registros mercantiles son mucho más tajantes a la hora de determinar la regla de adjudicación aplicable. Por ejemplo, tanto si estamos ante Registros con control *ex ante* como si controlan *ex post* la legalidad de lo que se inscribe, lo normal es que el tercero afectado por lo publicado resulte protegido según la apariencia en la que confía (por ejemplo, el ámbito de extensión del poder del representante o administrador) con independencia de los filtros de entrada. Ello ha llevado a considerar que los Registros mercantiles se parecen más a los de derechos que a los de documentos (cfr. ARRUÑADA, B. *Formalización...Ob. Cit.* Págs. 156). Con todo, en la parte que ahora mismo nos interesa, debemos señalar que lo propio de los Registros de derechos es un mayor control y una mayor eficacia, en tanto que los de documentos hacen recaer más responsabilidad en el ciudadano a cambio de un menor control de entrada. Aun en el caso de que el control de entrada sea menor, sin disminuir demasiado los efectos (como sugiere ARRUÑADA que ocurre con los Registros mercantiles), el mero efecto de la publicidad vinculante constituye todo un avance a la hora de valorar el problema autorregulatorio.

⁷⁶⁸ Como indica MÉNDEZ “en aquellos países en los que los efectos del Registro son menores, es de esperar —y así suele suceder— un mayor desarrollo de las funciones de los demás participantes en el proceso (contractual), así como la aparición de organizaciones especializadas en respuesta a la demanda de seguridad no cubierta por el sistema registral, al contrario de lo que sucede en los países dotados de Registros de derechos, lo que permite concluir que el nivel de seguridad jurídica del tráfico está en función directa de los efectos asignados al sistema

pueden ser aún más interesantes: los CDC podrían ser controlados, en lo que a su validez se refiere, de modo que la articulación publicidad- control de legalidad, haría la seguridad doblemente mayor.

De otro modo: a más control *ex ante* de los CDCs, menos litigios *ex post* en Tribunales arbitrales, Órganos jurisdiccionales, y por tanto más confianza en el sistema, menos costes transaccionales asociados al fenómeno autorregulatorio y más eficacia del mismo.

Llevada la teoría de los Registros a la situación que nos ofrece la práctica, podemos comenzar por señalar que a día de hoy no existe una legislación que, con carácter general, regule la publicidad y el control de legalidad de los CDC. Ello es lógico dada la gran variedad de códigos y sus diferentes efectos (que han quedado manifiestos en la primera parte del trabajo). Simplemente hay algunas normas en las que se menciona la obligación de promover el fenómeno (así los Artt. 12.2 LA y 37.2 LCD mencionados). Dicha carencia, tal vez debería llevarnos a valorar (en los casos que tengan encaje) la conveniencia de usar los medios a nuestro alcance para dotar de mayor eficacia a la autorregulación (así legislando en el sentido de posibilitar la inscripción de determinados⁷⁶⁹ CDCs en un Registro jurídico con el correspondiente control de legalidad previo a la constancia registral). Ello, evidentemente, solo para los casos en que se trate de

registral por el sistema legal en cada país. Inversamente, la intensidad y calidad de los efectos de un sistema registral se halla en función directa de las barreras de entrada al mismo, esencialmente de la amplitud y profundidad de las facultades atribuidas al encargado del Registro para controlar que la operación de intercambio, ideada por las partes, no sobrepase los límites impuestos por el sistema jurídico institucional vigente” MENDEZ GONZALEZ, F.P. “La función económica de los sistemas registrales”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXVIII; número 671; mayo-junio 2002. Pág. Págs 875 a 900. Pág. 888.

⁷⁶⁹ Siempre y cuando se tratase de CDCs que presenten una relación con el Registro de que se trate. Dada la diversidad de CDCs seguramente sería preciso darles entrada en distintos Registros.

códigos con efecto coactivo. Si el mismo el directivo la situación es otra: toda forma de publicidad se podría favorecer, pero nunca imponer (como si se impone para ciertas reglas que desean tener efectos contra terceros).

A falta de esa legislación, lo que sí cabe en este momento es examinar qué posibilidades tenemos ya a día de hoy en nuestro Derecho para tal fin. A la luz de las mismas, podremos juzgar si aportan o podrían aportar algo más al desarrollo de la autorregulación en nuestro actual mercado.

3.1.3 Comunidad, sociedad y Registros jurídicos

3.1.3.1 Comunidad y sociedad: evolución de dos figuras

Un último tercer aspecto introductorio hemos de valorar para comprender lo que vamos a plantear sobre la inscripción de los códigos de conducta en los Registros jurídicos, y es la relativa al papel que estos cumplen respecto de las sociedades y comunidades, aspectos en parte ya planteados en la parte primera.

Se ha destacado por varios autores, que lo propio de los Estados modernos serían las sociedades en tanto estructuras artificiales y nuevas, mientras lo propio de las sociedades donde no existe el mismo tipo de Estado formal que el moderno, serían las comunidades en tanto estructuras naturales y antiguas⁷⁷⁰.

⁷⁷⁰ Como se ha señalado en la parte de Filosofía, a decir de WEBER, la dominación- legitimidad de unos sobre otros puede adoptar tres formas: la tradicional, la carismática, o la legal-burocrática. La primera sería la dominación que tiene lugar en virtud de reglas racionales (y que recibe el nombre de “dominación legal con administración burocrática”). La segunda la que se produce cuando se siguen reglas heredadas desde tiempo inmemorial, por la fuerza de la tradición. En las sociedades modernas (industrializadas, posteriores a la emancipación operada por las revoluciones, con Estado de Derecho), la forma de legitimidad propia es la legal-burocrática. La dominación carismática es la que se produce cuando la fuerza ejemplar de un determinado sujeto lleva a la adhesión de otros al mismo. Ésta forma de dominación, aun

Esta concepción es, en opinión de la doctrina, la que marca al Código Civil (CC) español⁷⁷¹ vigente cuando, al regular la comunidad, ofrece todo tipo de facilidades para cesar en la misma y la considera como una situación indeseada y transitoria (facilitando el ejercicio de la acción de división, favoreciendo la partición de la herencia, etc).

Pese a la opción que se hizo a finales del siglo XIX por el CC en contra de la comunidad y a favor de la sociedad (opción no alterada como regla general, pero sí con múltiples especialidades), la realidad práctica reciente no ha parado de ofrecer diversas formas de comunidad, algunas muy novedosas. Formas de comunidad que permiten un disfrute conjunto de ciertos bienes por varias personas, aun sin llegar a existir entre ellas *affectio societatis*⁷⁷². Formas de comunidad en las que, aun prescindiendo de los vínculos familiares o tradiciones propios de las comunidades naturales que la doctrina refiere a

cuando se caracteriza por su carácter revolucionario respecto de las reglas previas, suele rutinizarse con el tiempo, adaptándose a las formas de dominación tradicionales o legales pre-existentes en cierto modo. Ésta rutinización tiene como consecuencia la generación entorno al sujeto carismático y sus sucesores, de un cuadro administrativo. WEBER atribuye en general ésta forma de dominación a sociedades primitivas. En cambio, en las sociedades modernas, dichas costumbres son reemplazadas por leyes racionales y abstractas (Cfr. WEBER, M. *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. 2ª Edición en español (traducción de MEDINA ECHEVARRÍA, J.; ROURA PARELLA, J.; GARCÍA MAÍNEZ, E.; IMAZ, E., FERRATER MORA, J.), de la cuarta en alemán, reimpresión primera. Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1969. Pág. 172 y ss). Sobre la base de este planteamiento, la doctrina suele considerar a la comunidad como figura antigua y a la sociedad como figura nueva y orgánica.

⁷⁷¹ Véase el tratamiento de la distinción entre comunidad y sociedad que se lleva a cabo por MARTÍN MORON, M.T. “Concepto de comunidad”, en REYES LOPEZ, M.J. *Comunidad de bienes*. Tirant lo blanch. Valencia 2015. Págs. 54 y ss.

⁷⁷² A este respecto basta ver los tipos dudosos de comunidad en cualquier manual general. Así DIEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. III. *Las relaciones jurídicos reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 5º Ed. Civitas- Thomson Reuters. Madrid 2009.

etapas antiguas⁷⁷³, se pretende retener a veces el componente humano⁷⁷⁴ que no siempre existe en las sociedades, más si estas son capitalistas con número de socios ilimitado.

La situación presente de la realidad social que rige el vigente Derecho, es por tanto la de una organización compleja en la que existen diversas formas de sociedad y de comunidad⁷⁷⁵, las cuales presentan rasgos diferentes. La comunidad como vestigio antiguo no ha desaparecido del todo, aunque lo cierto es que las comunidades del presente ofrecen un grado de burocratización muy superior al que existía en las antiguas. Esta burocratización introduce en ellas la racionalidad propia de las estructuras modernas, disminuyendo los elementos tradicionales y carismáticos. Son comunidades donde la generación de una norma (en ocasiones, costumbre *secundum legem*, como ese *continnum* imprescindible de la ley⁷⁷⁶) requiere en ocasiones de algo más que la tradición oral de normas, pues son comunidades normalmente pensadas para que se

⁷⁷³ A decir de RODRIGUEZ PANIGUA, la comunidad responde a tipos afectivos o tradicionales y la sociedad a tipos racionales” (RODRIGUEZ PANIGUA, J.M^a. *Derecho y sociedad*. Tecnos, Madrid 1979, pág. 57).

⁷⁷⁴ Frente a la explicación weberiana que refiere la sociedad a lo antiguo (tradicional o carismático) y la sociedad a lo nuevo (burocrático, racional), GOMÁ objeta, como se ha visto en la primera parte al tratar de la Filosofía que la aportación personal propia de las comunidades contiene la fuerza creativa e innovadora necesaria y que la burocratización es incapaz de proporcionar (GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplo y carisma*. Cuadernos ESADE de Liderazgo. Barcelona, 2008. Pág. 9); una aportación humana que es muy necesaria para la generación de buenas costumbres (*Ejemplaridad pública*. Taurus, Madrid 2009, Pág. 172), que es lo que se persigue con los CDC. La idea de que el carisma como cualidad que ejerce de levadura en las comunidades de personas es algo tan humano de lo que no se puede prescindir aunque todo se burocratice, merece ser tenida en cuenta para comprender el constante surgimiento de formas de comunidad, algunas de las cuales pretenden dar satisfacción a nuevas necesidades, aun entre desconocidos...pero creando una estructura que les permita conocerse y donde la confianza se gane con el tiempo, aun faltando *ab initio*.

⁷⁷⁵ Véase la reciente obra colectiva *Bienes en común*, de la que es coordinador NASARRE AZNAR, S. Tirant lo blanch, Valencia 2015.

⁷⁷⁶ Como hemos anticipado en la parte primera, al tratar de la costumbre en el apartado de fuentes del Derecho, y de la convención y el Derecho sin sanción en la parte de Filosofía.

integren en ellas los desconocidos⁷⁷⁷. Pensemos en las comunidades que se formaron para explotar bienes turísticos en régimen de comunidad, las situaciones de propiedad horizontal, las situaciones llamadas de propiedad vinculada⁷⁷⁸ o las comunidades a que va a dar lugar la progresiva admisión de la propiedad temporal⁷⁷⁹.

Entre ambas figuras, existe una problemática común (ente colectivo, en una u otra forma, y con o sin personalidad jurídica) en muchos casos. Problemática que hunde sus raíces en la similitud del sustrato de los entes

⁷⁷⁷ Ello explica en parte que, sin abandonar elementos carismáticos propios de formas de dominación pre-estatales (o sub-estatales, si se quiere), se adopten formas propias del Derecho racional y formal del Estado, lo cual explica la adopción de códigos de conducta como cauce o forma de potenciación de normas, como se ha sugerido en el apartado de Filosofía de la primera parte.

⁷⁷⁸ La expresión propiedad vinculada es poco habitual en la manualística civil general, pero es un concepto de gran importancia en la llevanza del Registro de la Propiedad, pues hay situaciones de vinculación *ob rem* de unos bienes a otros en los que la determinación de la titularidad parte necesariamente del vínculo de bienes, existiendo un bien común. En el programa de Derecho civil que se exige en las oposiciones a Registros, existe un epígrafe, dentro del tema relativo al derecho de propiedad, que se titula precisamente la “propiedad vinculada”. Contestando al mismo, YLLA y ANGULO dicen “Bajo la rúbrica propiedad vinculada se pueden englobar diversos supuestos de cotitularidad de derechos sobre inmuebles –conocidos como vinculaciones o titularidades *ob rem* o propiedades consorciales– en los que aparecen inseparablemente unidas la propiedad de determinados fundos a elementos comunes pertenecientes a los mismos.

Puede citarse el derecho de propiedad sobre cada piso o local en el régimen de propiedad horizontal. La configuración de este derecho, supone la admisión de la propiedad separada de un espacio cúbico de vuelo, de manera que la colindancia, además de lateral, puede ser vertical y respecto del suelo, el propietario del piso o local tampoco tiene plena autonomía, pues queda vinculado a él a través de la cuota de participación. En general constituyen propiedad vinculada todos los supuestos de anejos a los elementos independientes en régimen de propiedad horizontal (trasteros, garajes, etc) en los que no cabe la titularidad separada de los mismos.

Otros ejemplos de propiedad vinculada son los complejos inmobiliarios y las urbanizaciones privadas. Algunos autores incluyen los derechos de superficie, sobreedificación y subedificación o el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que se estudian en otros temas.

Finalmente, puede señalarse como un supuesto de propiedad vinculada la comunidad organizada, funcional y permanente, que para la explotación de los garajes y con exclusión de los derechos de tanteo y retracto y de la acción de disolución fue admitida en la Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 1983”. (YLLA GARCÍA- GERMAN, A.- ANGULO RODRIGUEZ, M.A. Tema 30. Civil. *En Temario completo de civil para las oposiciones a registros*. <http://www.notariosyregistradores.com/oposidores/1-temas-registros.htm>)

⁷⁷⁹ En este año se ha promulgado en Catalunya la Ley 19/2015, de 29 de Julio reguladora de la propiedad temporal y la propiedad compartida. Mediante la introducción de estas dos figuras se pretenden crear nuevas vías, más allá del alquiler y de la plena propiedad, para el acceso a la vivienda. La propiedad compartida crea una comunidad entre dos personas que se distribuyen las facultades a imitación del censo enfiteútico, pero generando una propiedad formal y otra material.

comunitarios (con o sin personalidad como sociedades): las personas requieren de estructuras comunes que permitan desarrollar ciertos fines para los que una sola persona no se vale por si misma. Ello obliga a una actuación conjunta que en la antigüedad romana dio lugar al llamado *consortium erecto non cito*, forma primitiva de comunidad en la que se producía la cooperación de varias personas (normalmente familiares entre si) para la consecución de fines comunes. Dicho *consortium* no tenía personalidad jurídica. Era la comunidad formada por todos y cada uno de sus miembros. La tendencia a la vida urbana de los romanos a partir de cierto momento, motivó la necesidad de seguir estructurando realidades comunitarias capaces de canalizar la actuación colectiva. Dichas realidades, que ya no serían entre familiares en un círculo de confianza, sino entre desconocidos, se estructuraron a través de un pacto llamado *societas*. El consorcio (que daba lugar a legítima entre sus miembros al morir alguno sin ordenar la sucesión⁷⁸⁰), basado en la confianza familiar, y la *societas*, basada de algún modo en la cooperación social, serían dos extremos de un mismo fenómeno⁷⁸¹. A las comunidades no se les reconoce en nuestro Derecho personalidad jurídica (y sin embargo son titulares de bienes). A las sociedades si que se les reconoce. Entre medias de ambas hay una zona gris en la que existen entes sin personalidad o sociedades que, careciendo de la misma publicidad que las sociedades mercantiles, no tienen un régimen tan claro en cuanto a la titularidad de sus bienes por no gozar de un Registro que las publique (las sociedades civiles). Ello da lugar a una serie de problemas específicos que son

⁷⁸⁰ De lo cual constituye un vestigio aun vivo el llamado consorcio foral aragonés: artículos 373 a 376 del Código de Derecho foral de Aragón.

⁷⁸¹ Cfr. GUTIERREZ MASSON, L. *Del consortium a la societas*. Universidad Complutense de Madrid, 1994.

comunes a sociedades civiles y comunidades. Considerar ese sustrato común nos puede permitir una mejor comprensión de hasta que punto la autorregulación de los entes colectivos cabe en el sistema registral.

3.1.3.2 El papel de los Registros respecto de las mismas.

A la vez que las comunidades no desaparecen con la modernidad, sino que se burocratizan y adoptan nuevas formas para nuevas necesidades⁷⁸², sino que se burocratizan y se abren a la contratación en masa (lo cual está plenamente implantado en el caso de las sociedades de capital), los Registros jurídicos cumplen en el contexto de contratación masificada contemporáneo un papel de generar seguridad entre desconocidos, posibilitando la contratación en masa. En un contexto impersonal donde la contratación se produce entre desconocidos⁷⁸³, se ha dicho que la finalidad de los sistemas registrales es reducir las asimetrías informativas. El Registro sería para ello una “tecnología institucional” dirigida a generar simetría informativa⁷⁸⁴.

⁷⁸² Adoptando, si se quiere, una base más real que personal.

⁷⁸³ O como dice ARRUNADA “para ampliar el abanico de transacciones y agotar los beneficios que proporciona la ventaja comparativa, las partes han de ser capaces de comerciar sin conocer sus características personales. Ello requiere que el cumplimiento del contrato sea independiente de tales características, un logro que sólo puede alcanzarse si se atribuye a los adquirentes un derecho directo sobre los activos adquiridos”. Cfr. ARRUNADA, B. “Las instituciones del intercambio impersonal”. En *RCDI*. Número 736, Marzo- Abril de 2013, pag. 652. El mismo autor trata el problema de la contratación impersonal desde una óptica más amplia y referida a la economía institucional en diversos trabajos publicados por las Universidades de Chicago, Harvard y Oxford, y cuyos elementos fundamentales aparecen recopilados en castellano en *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los Registros públicos*. Civitas, Cizur menor, 2013.

⁷⁸⁴ Cfr. MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. “La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Num 703. Pag. 2155.

Dicha reducción por flujo de información completa habrá de lograrse en lo posible no sólo respecto del objeto o del contenido del contrato, sino también de sus sujetos. Contenido y objeto son materia de dos de nuestros registros jurídicos: el de condiciones generales de la contratación, y los de bienes muebles e inmuebles⁷⁸⁵. Junto a ellos, la información sobre el sujeto como tal se obtiene en los Registros de personas (físicas o jurídicas), es decir, en el Registro civil y en el mercantil o de la entidad de que se trate (asociaciones, fundaciones etc).

Sin embargo, cuando el sujeto no es una persona aislada, sino un grupo-comunidad, la información registral puede resultar incompleta si no combinamos unos Registros con otros⁷⁸⁶.

A este respecto hay que valorar que unos y otros suelen ser consultados de forma conjunta por parte de los potenciales contratantes. Y es que lo normal será que los potenciales contratantes se aproximen a los Registros con interés en un derecho del cual es titular alguien. Por ejemplo, si una sociedad inversora tiene interés en un bien, además de ir a investigar al sujeto con el cual va a contratar en el Registro de personas correspondiente, investigará los datos que de la misma le vaya a ofrecer el Registro de bienes donde esta tenga el objeto que le interesa.

Ello nos conduce a considerar la titularidad registral como objeto de información. En el orden jurídico civil, se entiende por titularidad la cualidad predicable de cada una de las personas vinculadas a una relación jurídica como consecuencia de la atribución de las diversas situaciones de poder o deber que

⁷⁸⁵ Hemos tratado más ampliamente sobre el particular en VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “La información registral en la formación del contrato”. En PARRA LUCÁN, M. A. (Coord). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014.

⁷⁸⁶ De ahí la necesidad de “integración tecnológica” pendiente a la que hemos hecho referencia.

nacen de aquélla. En el orden registral, el concepto de titularidad⁷⁸⁷ no difiere sustancialmente del anterior, y así se considera titularidad registral la cualidad predicable del sujeto de derecho que aparece designado en el Registro como portador de un derecho, facultad o expectativa sobre un inmueble inmatriculado⁷⁸⁸.

A la hora de aproximarnos a la problemática de la inscripción (actos sobre los mismos, o reglas que, como los códigos de conducta, les pueden afectar) de comunidades y sociedades, hemos por tanto de partir de que, además de interesarnos la vida interna de las sociedades o personas jurídicas (recogida en los Registros de personas), nos interesan su titularidad de derechos reales, pues en el caso de muchas comunidades (y la sociedad sin personalidad jurídica del Art. 1669 CC se considera como tal, con matices⁷⁸⁹) esta titularidad es la razón y el único signo jurídico externo de su existencia. En efecto, si pensamos en una comunidad ordinaria, una comunidad de pastos, una comunidad cotitular de un

⁷⁸⁷ Se trata de una titularidad formal que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y prevalece sobre la material en tanto no se cancele el asiento o el Registro publique una titularidad contradictoria (art. 1º LH). Se presume pues “*iuris tantum*” que el titular registral es también titular material del derecho inscrito, aunque puede ser despojado de esta condición por el verdadero dueño mediante el ejercicio de las acciones de que se crea asistido y solicitando al mismo tiempo la rectificación del asiento registral (art. 38 LH). Ahora bien, en tanto esto no suceda, la titularidad registral atribuye la legitimación exclusiva para otorgar actos inscribibles o anotables y cierra el Registro a los otorgados por quien no ostenta aquella titularidad incluso al hipotético titular extrarregistral (art. 20 LH). Por último (y esto es lo más importante desde la óptica de la formación del contrato), la inscripción de un acto dispositivo otorgado por el titular registral con las condiciones del art. 34 LH permitirá reconocer en el adquirente la doble condición de titular registral y material, con una posición inatacable incluso frente al hipotético verdadero dueño extrarregistral. Con razón se llega a afirmar que para el Derecho de la seguridad del tráfico el *verus dominus* (verdadero propietario) es el titular registral, y ello aunque el Registro tuviese un error, y hubiese alguien con una titularidad extrarregistral, pues mientras esto no se ponga de manifiesto, la confianza en la apariencia queda protegida. La importancia del mismo, marca la medida de la importancia de la información sobre el mismo.

⁷⁸⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil. III bis. Derecho Inmobiliario registral*. Dykinson, Madrid 2001. Pág.

⁷⁸⁹ Cfr. El tratamiento que hace DIEZ- PICAZO, L. *Ob. Cit.* Pág. 1015.

edificio en construcción⁷⁹⁰, la comunidad que se forma en la titularidad compartida⁷⁹¹ o una comunidad de garajes (Art. 68 RH), hay que combinar la información de las personas y los bienes para obtener una información completa del sujeto comunitario.

Y es que en estos casos, hay que valorar dos matices derivados de la especial naturaleza del sujeto titular. Primero, que no estamos ante un titular registral persona humana, sino ante un ente (con o sin personalidad jurídica) al que se reconocen titularidades susceptibles de publicidad registral. Segundo, estamos ante entes que, en ocasiones, se forman por la confluencia de titularidades, de modo que la única información registral existente relativa al ente en si es la del Registro de bienes. En efecto, en una comunidad ordinaria, el Registro civil nos podrá dar información de cada una de las personas que componen la comunidad, pero sólo el Registro de bienes nos informa de la

⁷⁹⁰ Supuesto conocido en la práctica como comunidad valenciana por haber surgido en la Comunidad Autónoma del Reino de Valencia o País Valenciano, así denominada. Al respecto indica DEL REY “Es muy frecuente en la práctica el caso de un grupo de personas con interés de adquirir un piso o local que, por razones económicas, en lugar de comprarlo directamente a un promotor o constructor, se asocian entre sí, bajo forma societaria o en comunidad de bienes, para comprar un solar y levantar un edificio.

Así pues, al iniciarse la construcción del edificio se producen las siguientes consecuencias:

- El solar deviene elemento común, y no será posible pedir su división, ex art. 4 LPH.
- Los diferentes propietarios participan en la construcción de las partes privativas y comunes, resultando al final un edificio dividido horizontalmente pero no como consecuencia de la división material sino del acuerdo originario.
- A medida que la construcción avanza, cada comunero va consolidando los derechos que le corresponden, tanto sobre las partes privativas como sobre los elementos comunes.

La validez de esta figura y su inscribibilidad, conocida en la práctica como “Comunidad Valenciana”, por ser en esta Comunidad Autónoma donde comenzó, ha sido admitida por la DGRN en Resoluciones tales como la de 18 de abril de 1988” (DEL REY BARBA, S. Tema 44 de Derecho Civil. En *Temario completo Derecho civil para las oposiciones de Registros*. <http://www.notariosyregistradores.com/opositores/1-temas-registros.htm>)

⁷⁹¹ Siendo la división temporal o la distribución compartida hechos invisibles, se da un papel importante a la inscripción registral: solo se pueden constituir estas modalidades sobre inmuebles o muebles registrables (Art. 547-2 y 556-2). La inscripción no es, con todo, obligatoria.

existencia entre ellas de la comunidad⁷⁹². Es por tanto necesaria una coordinación entre Registros.

3.1.3.3. La coordinación entre Registros de personas y de bienes y su importancia para las comunidades y sociedades

Para la adecuada comprensión del rol de los Registros jurídicos respecto de las comunidades y sociedades, hemos de partir del sistema registral en el cual nos encontramos.

Nuestro sistema registral conoce fundamentalmente dos tipos de Registros jurídicos⁷⁹³: los Registros de bienes y los Registros de personas. Los Registros de personas se llevan abriendo un folio a cada persona física o jurídica. Los de bienes, abriendo un folio a cada cosa sobre la cual recaen uno o más derechos reales⁷⁹⁴.

Se suele decir, por ello, que nuestro sistema registral de bienes es de folio real: se abre un folio a cada finca (entendida finca como ente objeto de un derecho, no como parcela, de modo que por ejemplo cada piso o plaza de garaje

⁷⁹² Comunidad que, aun sin tener personalidad jurídica, puede ser sujeto pasivo de impuestos y goza de un CIF propio, de acuerdo con la Ley General Tributaria.

⁷⁹³ Algunos registros considerados simplemente administrativos cumplen su papel como Registros de personas jurídicas, pero sin someterse a los principios registrales propios del Registro mercantil, lo cual da lugar, en realidad, a dos categorías de personas jurídicas en el mercado, creando una anomalía. Lo más razonable, a futuro, sería la creación de un solo Registro de entidades jurídicas, o al menos su “integración tecnológica”. Sobre esta, véase DE ANGULO RODRÍGUEZ, J. *La modernización de los Registros. Una reforma estructural pendiente y un proyecto de datos*. Comares, Granada 2015. Pág. 129 y ss.

⁷⁹⁴ Las titularidades y cargas que tengan dicha finca como objeto, deben inscribirse en el folio abierto a la misma (Art. 13 LH).

de un edificio puede ser finca).El Registro se lleva por fincas, abriendo un folio registral a cada una de ellas (Art. 8 y 243 LH). A partir de la Ley 13/2015 el folio real de cada finca incorporará además un código registral único de cada finca (art. 9 LH), de modo que al igual que hay NIF y CIF para las personas, y al igual que los Registros- matrícula conceden un número para cada bien a efectos de su circulación, habrá un código para los bienes. La primera inscripción de cada finca, será de dominio (art. 7).

La existencia de estos dos Registros no integrados tecnológicamente que obliga a una coordinación. Dicha coordinación entre Registros está prevista especialmente en dos casos (uno de comunidad y otro de sociedades) a través de un mecanismo de cierre registral:

El primero es el caso de que un bien pertenezca a dos cotitulares que entre si son matrimonio, habiendo otorgado capitulaciones matrimoniales (capitulaciones que probablemente determinan el régimen jurídico de sus bienes y el tipo de comunidad entre ellos existente). Para estos casos, el Art. 266 del Reglamento del Registro Civil dispone que *“en las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable”*. Por tanto, impone el cierre registral en el Registro de la Propiedad hasta la toma de razón en el Registro civil.

El segundo, el caso de que el titular de un bien en el Registro de la Propiedad sea una sociedad mercantil: no cabrá inscribir acto alguno en el

Registro de la Propiedad hasta la toma de razón en el Registro Mercantil. El Art. 383 RH señala (con más claridad que el del Registro civil que *“No podrá practicarse a favor de Sociedad mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil. Una vez practicada la inscripción en el Registro de la Propiedad, podrá volverse a presentar el título en el Mercantil para que, por nota al margen de la respectiva inscripción, se hagan constar las inscripciones efectuadas en aquél”*).

En uno y otro caso, la técnica es la misma: siendo dos los Registros que dan una publicidad completa de la comunidad o sociedad respectiva, primero se exige la inscripción en el Registro de personas, y después la inscripción en el Registro de bienes⁷⁹⁵.

Uno y otro caso nos muestran que la información completa de entes colectivos requiere acudir a dos Registros.

Podríamos preguntarnos, de esos dos Registros, cual es el que nos ofrece la información completa de la comunidad, siendo su folio personal. A poco que pensemos, nos damos cuenta de que, así como el Registro civil, el mercantil y los demás de entidades jurídicas son los registros de personas de las personas físicas y jurídicas, en el caso de las comunidades el Registro de bienes es el único

⁷⁹⁵ Esta coordinación no es, sin embargo, igual de perfecta en todos los casos. El Art. 24 de la Ley Concursal, por ejemplo, ordena que se haga constar en todos los Registros la publicidad de la declaración del concurso (haciendo con ello que el Registro de la Propiedad sea Registro de personas). Se establece un cauce de coordinación Mercantil-Propiedad por el Art. 323 del Reglamento del Registro Mercantil. Sin embargo, no es imprescindible presentar en un Registro antes que en otro ni utilizar esta vía de coordinación.

Registro que identifica al ente, con ocasión de la determinación de su titularidad.

En esta organización registral dividida en Registros de personas y de bienes, si hubiésemos de cuestionarnos la publicidad registral de los códigos de conducta como en el presente capítulo pretendemos, habríamos de fijar cuales son los Registros adecuados para su publicidad. Siendo normas relativas más a las personas que a los derechos reales, es evidente que las mismas encajarían mejor en los Registros de personas. Sin embargo, como se desprende de estas últimas páginas, las comunidades pueden ser ente colectivo autorregulable y no tienen Registro de personas propio, pues solo constan en el de bienes. Ello justificará que hagamos un tratamiento del Registro de la Propiedad que, como veremos, actúa en ocasiones como un Registro de folio personal para determinadas entidades de base real (como las comunidades de vecinos).

3.2 En el Registro de Bienes Muebles

3.2.1 Posibilidades

La Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de Diciembre dispone la creación del Registro de Bienes Muebles, en el cual se agrupan los antiguos Registros de Buques, Aeronaves y Venta a Plazos, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Su régimen jurídico es escaso, existiendo una remisión a la Legislación Hipotecaria. Los escasos trabajos todavía existentes relativos al mismo, no han llegado a desarrollar por completo un tratamiento de este Registro como el que si puede existir del Registro de la

Propiedad Inmueble⁷⁹⁶. Es más, todavía pugnan las posiciones partidarias de configurarlo como un mero Registro de gravámenes, con quienes apuestan por una llevanza mediante un sistema de folio real donde la primera inscripción de cada bien sea la de dominio como si que ocurre en el Registro de Bienes inmuebles.

Una de sus secciones es el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, objeto de regulación por medio del mismo, desarrollando en este punto la Ley de condiciones generales.

⁷⁹⁶ Dichos trabajos han abordado diferentes materias que van desde el ámbito de este Registro con carácter general hasta aspectos prácticos relativos al funcionamiento del mismo.

Entre los primeros habría que mencionar a GOMEZ GALLIGO, F.J. "El Registro de Bienes Muebles". *RCDI*, n.657, 2000.; "Propuesta de reforma del Registro de Bienes Muebles en general y del Registro de Condiciones Generales de la Contratación en particular". *RCDI*-692, 2005. MASIDE MIRANDA, E. "Tema 78, Derecho Hipotecario, Registros" en AAVV (RODRÍGUEZ TEJADA, G. Dir). *Derecho Hipotecario. Contestaciones a los temas de las oposiciones a Registros*, Dykinson, Madrid 2012. Págs. 655 y ss. PINDADO LÓPEZ, C. – FERNANDEZ MAESTU, J.L. "Notas sobre el Registro de Bienes Muebles". *Lunes Cuatro Treinta*-340, Valencia 2003. Págs. 17 a 21. <https://registradorescomunidadvalenciana.org/wp-content/uploads/2014/04/Revista-nº-340.pdf>; SABATER MATAIX, A.M^a. "El Registro de Bienes Muebles". (Tema 78 del programa de Hipotecario de Registros). *Lunes cuatro treinta* - 341, Valencia 2003. Págs. 21 a 36. <https://registradorescomunidadvalenciana.org/wp-content/uploads/2014/04/Revista-nº-341.pdf>.

De los relativos a aspectos procedimentales, deberíamos señalar BALLESTEROS ALONSO, M. "El procedimiento registral en el Registro de Bienes Muebles". En GIMENO-GOMEZ LAFUENTE, J.L.- GONZALEZ SALINAS, J. – GONZALEZ PÉREZ, J. (Coords). *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil. Colegio de Registradores*, 2005. Págs. 513 a 541.; CUELLAR MARIN, J. "La presentación por fax de documentos judiciales y administrativos en los Registros Mercantil y de Bienes Muebles (con un apéndice)". *Lunes cuatro treinta*-336, Valencia 2002. Págs. 7 a 16. <https://registradorescomunidadvalenciana.org/wp-content/uploads/2014/04/Revista-nº-336.pdf>

Relativos a la inscripción de determinados bienes deberíamos señalar CANO ZAMORANO, L.M^a. "El Registro de Bienes Muebles". (Con especial referencia a los vehículos a motor). *Boletín del Colegio de Registradores*, 108, 2004. REDONDO TRIGO, F. "La inscripción de titularidades y gravámenes sobre acciones y participaciones sociales en el Registro de Bienes Muebles (una visión personal)". *RCDI*-675, 2003.

En caso de que las entidades redactoras de los CDC opten por dotarles del carácter de condiciones generales, los mismos serían inscribibles por tanto en el Registro de las mismas. Al respecto, establece el art. 11 LCGC

“Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria.

La organización del citado Registro se ajustará a las normas que se dicten reglamentariamente.

2. En dicho Registro podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado, conforme a lo establecido en el apartado 8 del presente artículo. No obstante, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación.

3. Serán objeto de anotación preventiva la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa previstas en el Capítulo IV, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general.

Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, siendo prorrogable hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga.

4. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. También, podrán ser objeto de inscripción, cuando se acredite suficientemente al Registrador, la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas.

5. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación será público.

6. Todas las personas tienen derecho a conocer el contenido de los asientos registrales.

7. La publicidad de los asientos registrales se realizará bajo la responsabilidad y control profesional del Registrador.

8. La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse:

a. Por el predisponente.

b. Por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente. En caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa.

c. En caso de anotación de demanda o resolución judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará.

9. El Registrador extenderá, en todo caso, el asiento solicitado, previa, calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos.

10. Contra la actuación del Registrador podrán interponerse los recursos establecidos en la legislación hipotecaria”.

Del precepto resultan una serie de hechos y actos inscribibles que permite una publicidad bastante amplia de las condiciones generales en cuanto

a su contenido. Una publicidad, eso sí, de efectos limitados y en la que el Registrador lleva a cabo una mera labor de verificación (que no calificación sobre la validez) de ser condiciones generales de la contratación las presentadas a inscripción (sólo se exige que sean propiamente condiciones generales, más no se exige la legalidad de las mismas). En caso de que pretendiésemos dar entrada en el mismo a los CDCs sería preciso que simultáneamente fuesen CGC⁷⁹⁷. En otro caso, la labor registral de verificación los excluiría del Registro.

En cualquier caso no parece viable que, aun mediante incorporación contractual, sean inscribibles los CDC en el Registro de Bienes Muebles en alguna de las otras seis secciones del mismo. En efecto, hay que tener en cuenta que la inscripción debe realizarse en base a los modelos oficiales que deben contener las circunstancias del art. 11 de la Orden de 19 de Julio de 1999. Estos modelos prevén la constancia de las circunstancias esenciales de los contratos con trascendencia real, pero no de otras circunstancias de los mismos. Así como en el Registro de la Propiedad se admite una descripción más amplia y circunstanciada del contenido de los derechos inscritos⁷⁹⁸, en el Registro de Bienes Muebles, el contenido inscribible es menor.

3.2.2 Efectos derivados de la inscripción.

En cuanto a los efectos de la inscripción, además de su publicidad, serán:

⁷⁹⁷ Posibilidad rechaza por cierta doctrina en tanto los CDC podrían “ampliar” el contenido de los derechos CAVANILLAS MÚGICA, S. “Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones”. REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010.

⁷⁹⁸ Defendiéndose por la doctrina la incorporación de más datos si cabe en el mismo, como se verá al tratar del Registro de inmuebles.

1º Marcar un límite al ejercicio de acciones contra las CGC. Al respecto establece el art. 19.2 LCGC que

“si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva”.

2º Que se podrá obtener el control concreto de la utilización de disposiciones de CDCs declarados nulos por Sentencia por parte de Notarios y Registradores, en los términos de los Artt. 84 del TRLGDCU, art. 258 LH y 17.3 del Real Decreto de 3 de Diciembre de 1999.

El párrafo segundo del Art. 258 de la Ley Hipotecaria⁷⁹⁹ (LH, que en su actual redacción procede de la Ley 13/1998) establece que

“el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas en conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del Artículo 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de Julio General para la defensa de los Consumidores y Usuarios”.

La remisión que se hace al Art. 10 bis, en tanto éste recogía la lista de cláusulas generales en los contratos con consumidores que en todo caso y por ley se consideran abusivas, ha de entenderse hecha hoy a los Artt. 85 a 90 del TRLGDCU (que recogen dichas cláusulas en la actualidad con las modificaciones introducidas en la Ley de Consumidores por la Ley 44/2006). Para comprender adecuadamente éste precepto, hay que partir de la Constitución vigente, que establece en su Art. 51.1, en sede de principios rectores de la política social y económica, que

⁷⁹⁹ Sobre el mismo véase mi comentario del Art. 258 LH en En DOMINGUEZ LUELMO, A. et al. *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Lex Nova. Valladolid 2013.

“los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Entre los “procedimientos” a que alude la regla constitucional, el Art. 84 TRLGDCU dispone que

“Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.

Comparando el Art. 84 del Texto Refundido de Consumidores con el segundo párrafo del Art. 258 LH, se observa que hay una diferencia: mientras uno habla de denegar las nulas conforme al Art. 10bis (hoy 84 y ss del Texto Refundido), el 84 TRLGDCU se refiere a las que declaradas nulas en Sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

De la comparación de ambos preceptos surge la duda de si la denegación será sólo de las cláusulas nulas según Sentencia inscrita⁸⁰⁰ o si también se refiere a las que lo sean por Ley, circunstancia que podrá apreciar el Registrador al calificar la validez del negocio que se inscriba conforme al Art. 18 LH. Sobre éste punto, en la doctrina existen dos posiciones: la de quienes entienden que la calificación debe extenderse al carácter abusivo de las cláusulas y la que considera lo contrario. Estos entienden que permitir a un operador no judicial llevar a cabo estos juicios sobre la legalidad podría implicar atribuirles

⁸⁰⁰ Sobre la impugnación judicial, cfr. BENDITO CAÑIZARES, M.T.: "La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación". RCDI-657,2000.

funciones cuasi-jurisdiccionales⁸⁰¹. Frente a ésta posición, la que defiende la calificación del Registrador, no ya respecto de las cláusulas nulas por Sentencia inscrita, sino también de otras que lo sean según Sentencia no inscrita pero de la que el Registrador haya podido tener conocimiento⁸⁰² o bien de aquellas cláusulas que, en el juicio que sobre la legalidad del negocio inscribible debe hacer el Registrador (Art. 18 H), estime ser contrarias a Ley imperativa o prohibitiva⁸⁰³.

En éste punto, la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) ha experimentado una evolución importante. Durante los

⁸⁰¹ALFARO AGUILA- REAL, J. «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, 889 y ss.

⁸⁰² Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 2009 declaró nulas por abusivas determinadas cláusulas de contratos de préstamo garantizados con hipoteca. Habiéndose publicado la misma en el BOE, hay que entender que nunca podría ser requisito de su consideración la inscripción o no en el Registro de condiciones generales.

⁸⁰³PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T.II Ed. CER, Madrid 1999, 3º edición.

GARCÍA GARCÍA, J.M. *Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 7º ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor 2011.

BUSTO LAGO, J.M. “El control registral de las condiciones generales de los contratos”. *RCDI*. num.667.

Estos autores consideran que las cláusulas son nulas por determinación de la ley y, en tanto el Registrador ha de calificar la validez de los negocios (Art. 18 LH), no podrá admitir la inscripción de cláusulas que, en un juicio por funcionario competente como el Registrador, resulten ser contrarias a las exigencias de la ley. Además, como indica GARCÍA GARCÍA, limitar la calificación registral a sólo las cláusulas declaradas nulas por Sentencia y no por ley, “haría de mejor condición a efectos de descontrol a los contratos de condiciones generales, que a los contratos individuales, lo cual sería un criterio interpretativo ilógico, descartable por el Art. 3 CC” (2011, p.432).

Personalmente he defendido esta posición al analizar la materia en VIGIL DE QUINONES OTERO, D. «A protección extrajudicial dos consumidores: a cualificación rexistral das cláusulas abusivas», *Revista Xurídica Galega*. Número 61. Año 2008. Del trabajo existe versión en castellano: “La protección extrajudicial de los consumidores: la calificación registral de las cláusulas abusivas”. En *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*. Número 170. Julio 2010.

La posición sostenida se ha reforzado al considerar la importancia del tema en relación con la fase de formación del contrato en “La información registral en la formación del contrato”. En PARRA LUCÁN, M. A. (Coord). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014.

primeros tiempos de la vigencia de la Ley de Consumidores de 1984, la DGRN admitió⁸⁰⁴ que el Registrador, calificando la validez de las cláusulas abusivas, pudiese denegarlas por nulas. Sin embargo, con posterioridad⁸⁰⁵, el Centro Directivo cambió de criterio y en innumerables resoluciones posteriores se ha posicionado en contra, entendiendo que sólo cabrá denegar la inscripción de aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas por Sentencia inscrita en el Registro de condiciones generales. No obstante, la posición mantenida por el Centro Directivo en la reciente doctrina (a partir de la Resolución de 1 de Octubre de 2010) relativa a la calificación de cláusulas abusivas en las hipotecas⁸⁰⁶, admitiendo la denegación de aquellas que sean contrarias a Ley imperativa, permitiría entender lo contrario. En efecto, si tenemos en cuenta que determinadas cláusulas son nulas por Ley (v.gr. las de la lista del Texto Refundido de la Ley de Consumidores), que el Registrador debe calificar la

⁸⁰⁴Así las Resoluciones de 7 de Septiembre de 1988, 16 de febrero 1990, 16 de Marzo de 1990, 26 de Diciembre de 1990, y 17 de Marzo de 1994. A juicio de BUSTO LAGO (*Op. Cit.*, pag. 1986) el criterio de la DGRN en las resoluciones de 1990 no parece oponerse a la competencia del registrador para calificar la validez de las cláusulas abusivas. Simplemente, en alguno de los casos, revoca su nota por entender que, de la aplicación al caso de determinadas normas de protección de los consumidores, no resultaba la nulidad. Sin embargo, la DGRN en ningún momento cuestiona la competencia del Registrador para llevar a cabo la calificación de las potencialmente abusivas.

⁸⁰⁵Así, las Resoluciones de 8, 9, 10 y 11 de Octubre de 1991. Y posteriormente las de 4 de mayo de 1992, 1 de junio de 1992, 29 de Junio de 1992, 6 de Julio de 1992, 9 de Julio de 1992, 11 de Julio de 1992, 13 de julio de 1992, 14 de Julio de 1992 y 11 de Julio de 1992, entre otras muchas.

⁸⁰⁶ La intervención del Registrador en la constitución del derecho de hipoteca es de enorme importancia para el consumidor, pues según afirmó el Tribunal Constitucional la calificación del Registrador de la Propiedad forma parte de la protección constitucional del consumidor, una protección que actúa durante la vida de la hipoteca por el procedimiento registral (Sentencia 41/1981, 18 de Diciembre). Este criterio fue refrendado en el reciente auto del TC 113/2011, de 19 de julio de 2011 (BOE de 17 de agosto de 2011). Como indica GÓMEZ GALLIGO “la importancia de la calificación registral se justifica en la necesidad de depurar de cláusulas abusivas el título ejecutivo en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que es el asiento registral o, dicho de otra forma, los pactos de la escritura de préstamo hipotecario que han sido objeto de inscripción (art. 130 de la LH). Solo una depuración rigurosa de las cláusulas abusivas justifica la limitación de las causas de oposición” (GÓMEZ GALLIGO, J. “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXXX ; número 741, Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea ; enero-febrero 2014. Págs 153 a 175.

validez de los negocios inscribibles (Art. 18 LH) y que la propia DGRN admite la denegación de las contrarias a Ley imperativa, el criterio acogido por el Centro Directivo en materia de cláusulas financieras o de vencimiento anticipado en las hipotecas, debe ser el mismo para todos los supuestos de cláusulas abusivas. Esto, que ya parecía claro con anterioridad a 2013, debe serlo más todavía tras la doctrina del TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, que ha afirmado la posibilidad de rechazo *in limine litis* de las cláusulas abusivas, y ha recordado el deber de actuación positiva de las autoridades públicas para cumplir la Directiva 93/13/CE sin esperar a que exista sentencia judicial cuando se trata de cláusulas abusivas en condiciones generales. Con vista en dichas Sentencias, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado esta evolución legitimando la calificación registral de las cláusulas abusivas contrarias a norma imperativa o prohibitiva en todas las Resoluciones posteriores, algunas de las cuales, afinando más, entran no ya solo en el control sobre la abusividad (que daría lugar a la no incorporación) sino también en el control de transparencia (que da lugar a la incorporación con exigencias determinadas de transparencia)⁸⁰⁷. La posición de la DGRN ha obtenido un claro respaldo por la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala

⁸⁰⁷ A este respecto es interesante la Resolución de 8 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que se confirma una nota de calificación por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario, por razón de existir una cláusula suelo del tipo de interés ordinario sin constar haberse aportado la manifestación manuscrita de los prestatarios acerca de que han recibido información adecuada sobre los efectos de la misma.

Como indica BALLUGERA, “Es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el art. 6 Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya interpretación se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que condicionan la validez de las cláusulas hipotecarias al cumplimiento de los requisitos legales tendentes a asegurar una comprensibilidad real de las mismas por parte del prestatario” (BALLUGERA GÓMEZ, C. La expresión manuscrita controla la obligación de claridad y transparencia del profesional predisponente. Breve comentario y resumen de la resolución DGRN 8 octubre 2015. En <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/la-expresion-manuscrita-controla-la-obligacion-de-claridad-y-transparencia-del-profesional-predisponente/>).

de lo Civil), de 13 de septiembre de 2013, que señala que los registradores denegarán la inscripción de las escrituras de préstamos o crédito hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente, lo cual confirma la “validez del sistema hipotecario español” y la importancia concedida en el mismo a la calificación registral⁸⁰⁸.

3º Entre los aspectos más relevantes de la publicidad registral de las CGC, hemos de añadir lo siguiente: si recaída Sentencia declarando la nulidad de una cláusula se persiste en el uso de la misma, dicha circunstancia se puede reflejar, a instancia de cualquier adherente o legitimado, ex. art. 15. Y dicha constancia sólo la puede cancelar el pre-disponente con consentimiento de todos los adherentes y legitimados. Además, el Registrador la comunica al Ministerio de Justicia (art. 15.5).

4º Por otra parte, el Art. 13 LCGC dispone que

“previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales en el plazo de quince días hábiles sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas. El dictamen del Registrador no será vinculante” (Art. 13 LCGC)⁸⁰⁹.

Dicho artículo se desarrolla en el Art. 22 del RD, a cuyo tenor

“previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa podrán las partes someter la cuestión ante el registrador provincial de condiciones generales de la contratación competente para que, en el plazo de quince días hábiles siguientes a la solicitud, dictamine sobre la adecuación de las cláusulas controvertidas a la Ley. El dictamen no será vinculante, salvo que las dos partes expresamente lo hicieren constar así en la solicitud o cuando del examen realizado se aprecie que alguna cláusula está incluida en las previstas en la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El dictamen podrá consistir en

⁸⁰⁸ Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, J. “La doctrina del Tribunal de Justicia...”. *Ob. Cit.*

⁸⁰⁹ GARCIA- VALDECASAS ALEX, F.J. "Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre Condiciones Generales". *RCDI-680*, 2003.

proponer a éstas una redacción alternativa de todas o algunas de las cláusulas cuestionadas, o en determinar el alcance o interpretación de alguna de ellas. El registrador también podrá proponer como suya la redacción alternativa sugerida por alguna de las partes”.

La consideración de los preceptos citados anteriormente nos lleva a ver que nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva nos proporciona una información relevante: hay partes del mismo sobre las cuales se puede obtener información acerca de la validez con anterioridad a la celebración del contrato. Dicha información no será evidentemente una Sentencia con efectos de cosa juzgada, pero sí puede ser un dictamen del funcionario llamado a publicar como válido⁸¹⁰ parte del contenido del contrato. Un dictamen que puede ser de conciliación sobre el ejercicio de acciones contra las cláusulas generales (Art. 13 LCGC y 22 del Reglamento del Registro de Condiciones Generales); y también una información (no vinculante) de la opinión que contará a la hora de determinar la inscribibilidad de un determinado contrato (Art. 222.7, 253 LH). Medios ambos que permitirán eliminar incertezas, y en la medida que lo hagan por igual para ambas partes, y coloquen a ambas en una posición simétrica de información sobre la impugnabilidad del contrato y sobre los efectos que del mismo se puedan seguir, tiene un gran valor desde la óptica de la formación del contrato que nos ocupa.

Pese a esto, a día de hoy la mera publicación de una Sentencia, o la obtención de un dictamen no garantiza que dicha cláusula no vaya a poder ser utilizada: una entidad ha podido obtener un dictamen en un caso y continuar utilizando la cláusula en los demás, del mismo modo ha podido recaer Sentencia

⁸¹⁰ Si bien es cierto que la inscripción no convalida los actos nulos (Art. 33 LH), no lo es menos que genera una apariencia bajo la salvaguarda de los Tribunales (Art. 1.3 LH), que da lugar a una legitimación para el titular de derechos inscritos (Art. 38 LH) y protege a los terceros que se fían de dicha apariencia (Art. 32 y 34 LH).

y la misma no inscribirse, o bien inscribirse y no lograrse sin embargo la cancelación de las cláusulas abusivas en otros Registros como el de la Propiedad, pues no existen apenas normas de coordinación ni integración tecnológica de ambos Registros⁸¹¹.

3.2.3. Efectos derivados de la configuración como condiciones generales.

Además de los efectos asociados a la publicidad registral que hemos tratado, podemos señalar otros derivados específicamente del hecho de que se configuren como condiciones generales de la contratación. Fundamentalmente, se le aplicarán las medidas de control de las cláusulas abusivas derivadas de la Ley de Condiciones Generales de la contratación:

1º Que no quedan incorporadas al contrato, en ningún caso, las condiciones

“que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas” y “las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato” (art. 7 LCGC).

2º Que

“serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se

⁸¹¹ BALLUGERA GOMEZ señala al respecto que sería conveniente que la Sentencia de nulidad acarree tanto la inscripción de la misma en el Registro de Condiciones Generales, como en su caso la cancelación de las cláusulas en los Registros de la Propiedad donde estas se hayan inscrito. Cfr. “El Registro de condiciones generales: entre la eliminación y el rescate”. *Registradores de España*. Num. 72. Abril- Junio de 2015. Págs. 56-57.

establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” (art. 8 LCGC).

Al respecto hay que tener hoy en cuenta el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU) aprobado por Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre. Su art. 82 dispone que

“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”⁸¹², añadiendo el art. 83⁸¹³ que «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno

⁸¹² El artículo amplía a las prácticas (no solo los pactos) el concepto de cláusulas abusivas que, con anterioridad, se contenía en la Ley de 1984 (modificada por la Ley 7/1998). Sin embargo, puede no cumplir los fines de protección de los consumidores para los que ha sido promulgado en tanto, habiendo negociación y consentimiento, se trate de una cláusula contraria a la buena fe o que cause el indicado perjuicio al consumidor. A este respecto, debemos decir que es cierto que el centro de gravedad de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas con los consumidores es el hecho de no existir negociación individual. Sin embargo, este planteamiento puede resultar problemático, y así el Informe de la Comisión al respecto (Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CE del consejo de 5 de Abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Doc. COM (2000) 248), existen prácticas comerciales dirigidas a evitar la aplicación de la Directiva, precisamente, mediante el recurso al concepto de cláusulas negociadas individualmente. A juicio de la comisión, esta exclusión no aporta nada en términos de claridad pero sí puede plantear problemas interpretativos a la hora de determinar cuando ha habido negociación y cuando expresa aceptación. Por ello, se plantea la conveniencia de suprimir ese límite. Algo que podría haber hecho la Ley española y que, sin embargo, ha optado por no hacer.

Planteándonos este problema dentro del tema de los CDCs es evidente que, dado el carácter unilateral y previo de la redacción de los mismos, no plantearán problemas. Si se quieren incorporar al contenido de los contratos, serán parte de los mismos y estarán sujetos a las normas sobre cláusulas abusivas. Si, por el contrario, no se incorporan, no cabrá dicha aplicación ni se podrá evitar la misma con una negociación individual que en estos casos no existen.

⁸¹³ Dicho artículo ha sido reformado por la Ley 3/2014, de 27 de Marzo para adaptar el ordenamiento español a determinadas exigencias derivadas del ordenamiento comunitario europeo. La redacción anterior disponía que *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.*

*derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*⁸¹⁴.»

El artículo amplía a las prácticas (no solo los pactos) el concepto de cláusulas abusivas que, con anterioridad, se contenía en la Ley de 1984 (modificada por la Ley 7/1998). Sin embargo, puede no cumplir los fines de protección de los consumidores para los que ha sido promulgado en tanto, habiendo negociación y consentimiento, se trate de una cláusula contraria a la buena fe o que cause el indicado perjuicio al consumidor. A este respecto, debemos decir que es cierto que el centro de gravedad de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas con los consumidores es el hecho de no existir negociación individual. Sin embargo, este planteamiento puede resultar problemático, y así el Informe de la Comisión al respecto (*Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CE del consejo de 5 de Abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Doc. COM (2000) 248), existen prácticas comerciales dirigidas a evitar la aplicación de la Directiva, precisamente, mediante el recurso al concepto de cláusulas negociadas individualmente. A juicio de la comisión, esta exclusión no aporta nada en términos de claridad pero sí puede plantear problemas interpretativos a la hora de determinar cuando ha habido

⁸¹⁴ Tras la reforma operada en el mismo por la Ley 3/2014 (acuerdo a la Sentencia del TSJUE de 14 de Junio de 2012), se “proscribe la práctica consistente en la «reducción conservadora de la validez», práctica que paulatinamente han ido abandonando los jueces y magistrados españoles” (BLANCO GARCÍA- LOMAS, L. La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (Art. 83 TRLGDCU). En *LA LEY mercantil*, Nº 3, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Junio 2014, Editorial LA LEY. http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-BooQiAYBMk2JBaEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7L0nb3bo2dvdu7__8Bde5nVTVMvPfrK4yJdtjr-L8-un1fTN9Sr_7Dwrm_wXLrK2zevPnj__Iq-n-tfVlV9_guroJ89evzn-hfmkqt4GYH9_Bff_AJR9Dk9vAAAAWKE#nDT0000212549_NOTA7)

negociación y cuando expresa aceptación. Por ello, se plantea la conveniencia de suprimir ese límite. Algo que podría haber hecho la Ley española y que, sin embargo, ha optado por no hacer.

Planteándonos la cuestión de la nulidad dentro del tema de los CDCs es evidente que, dado el carácter unilateral y previo de la redacción de los mismos, no plantearán especialidad respecto de estas reglas: si se quieren incorporar al contenido de los contratos, serán parte de los mismos y estarán sujetos a las normas sobre cláusulas abusivas; si, por el contrario, no se incorporan, no cabrá dicha aplicación ni se podrá evitar la misma con una negociación individual que en estos casos no existiría, pues el CDC es el que es con carácter previo, es general, no es una norma *ad hoc* para un contrato.

Además, hay que señalar que los Artt. 85 a 89 han venido a sustituir al antiguo art. 10 bis de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, en lo que a la delimitación de una lista de cláusulas en todo caso abusivas se refiere.

3º Que se podrán ejercitar, frente a las condiciones nulas, las acciones de cesación, retractación y declarativas previstas en el art. 12 LCGC, con la amplia legitimación (que incluye corporaciones, asociaciones, Cámaras de Comercio...) del art. 16 LCGC.

Del examen de estos preceptos, cabe comentar:

1º Que el control de legalidad de las condiciones generales de la contratación puede llevarse a cabo con carácter abstracto o previo a su utilización o bien con carácter concreto, con motivo de la utilización.

En torno al control abstracto *ex ante*, debemos señalar que la regulación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ha optado por recortar la extensión de la calificación registral tal y como se conoce la misma en el ámbito del Registro de la Propiedad Inmobiliaria (art. 18 LH), del Registro Mercantil (art. 18 CdC). Se encomienda al Registrador una labor de verificación que, como indica RUIZ-RICO “favorece el acceso a este Registro de las cláusulas contenidas en los formularios”⁸¹⁵ y contrasta con la facultad de los Registradores de emitir un dictamen sobre la legalidad de las condiciones generales en los términos del art. 22 del RD 3 de Diciembre de 1999⁸¹⁶. Además, podría generar un efecto contrario al pretendido de protección en la medida en que quedan bajo la salvaguarda de los tribunales y con límites temporales al ejercicio de acciones las cláusulas inscritas (cfr. Art. 19.2 LCGC). Bien es cierto que los efectos derivados de la inscripción no son intensos lo cual, dada la vinculación entre barreras de entrada y efectos que suele señalar la doctrina⁸¹⁷, justificaría un menor control a la hora de ingresar las cláusulas en el Registro. Sin embargo, dicha minimización en atención a los efectos impide beneficiarse de la tecnología institucional (como la llama MENDEZ⁸¹⁸) que constituye el Registro,

⁸¹⁵ RUIZ-RICO RUIZ, C. *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación*. Centro de Estudios Registrales. Madrid 2003, p.31.

⁸¹⁶ La necesidad de que lo inscrito en los Registros jurídicos sea válido debería llevar a postular la comprobación previa de su validez, o lo que es lo mismo su calificación. En efecto, como señaló DE CASTRO, “la nulidad se produce ipso iure, los actos y contratos contrarios a las leyes son nulos en sí; no se requiere declaración judicial previa, y es obligación de los funcionarios públicos de todas las clases negarles su cooperación” (DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*. Civitas. Madrid, 1984, p.539).

⁸¹⁷ MENDEZ GONZALEZ, F.P. “La función económica...*Ob. Cit.* Pág. 888. Si bien debe tenerse presente que ello no es exactamente igual en el Registro Mercantil. Al respecto, cfr. ARRUÑADA, B. *Formalización...Ob. Cit.* Págs. 156

⁸¹⁸ MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. *De la publicidad contractual a la titulación registral*. Madrid, Thomson-Civitas. 2008. Págs. 211.

cuya expansión a otros ámbitos no previamente registrables (como es el de las condiciones generales) debería ir acompañada de sus efectos y beneficios.

Respecto al control concreto, se produce un juego de la calificación registral mucho más amplio si tenemos en cuenta la doctrina reciente de la DGRN sobre la extensión de la calificación en éste punto⁸¹⁹, en el sentido de admitir la denegación de toda cláusula que sea contraria a ley imperativa, y no (como hacía la doctrina anterior a 2010) admitir solamente las denegaciones de inscripción de cláusulas que tengan su fundamento en la existencia de una Sentencia inscrita.

2º Que sin perjuicio de este limitado juego de la calificación, si debemos indicar que incorporar los CDC al contenido de las CGC inscribibles implicaría unas condiciones de publicidad y control de las que ahora carecen los CDCs y que serían convenientes en determinados casos⁸²⁰, fundamentalmente en aquellos en los que se pretende una eficacia contractual de los CDCs.

3º En cualquier caso, a falta de una regulación expresa sobre la materia, es evidente que no cabe defender bajo la legislación actual más inscripción que la que se derivaría de la incorporación a CGC vista.

Como propuesta de futuro, creo que no sería del todo descabellado admitir la creación de una nueva Sección de Códigos de Conducta llamados a regir en la pluralidad de relaciones contractuales de determinados entes. La adhesión al CDC podría reflejarse en la hoja abierta a cada sociedad adherida en

⁸¹⁹Véase lo dicho más arriba sobre el control concreto más arriba.

⁸²⁰ Que no todos, dada la variedad de códigos y las dificultades de encaje en la figura del contrato a la que hemos hecho referencia en el capítulo correspondiente.

el Registro Mercantil⁸²¹. A mi modo de ver (por lo dicho en anteriores apartados de este trabajo), la misma debería de regularse de modo que el Registrador pudiese llevar a cabo un control de legalidad completo y que se favoreciese la oponibilidad o integración contractual del CDC a la entidad que lo redacta como consecuencia de su inscripción (en los casos en que las prestaciones del concreto contrato lo permitan, que no serán todos). Como mecanismo de coacción se podría imponer como un requisito de la inscripción la determinación de las consecuencias del incumplimiento del código (sin perjuicio de las que correspondan en el ámbito del derecho contractual, y a modo de prestaciones accesorias). De ese modo, se crearían unas condiciones que, si bien podrían ser disuasorias respecto a la utilización de los CDCs, serían muy convenientes a fin de que su uso tuviese consecuencias y estuviese sujeto al control de legalidad.

Por otra parte, esta inscripción tendría ventajosos efectos de simplificación si la misma se llevase a cabo, no mediante la simple transcripción del texto de los CDC, sino sólo de las determinaciones de los mismos que añaden algo al contenido de las leyes. Y es que una circunstancia que ha sido observada por la doctrina⁸²² respecto de muchos CDC, es que los mismos se componen en un

⁸²¹ La técnica de la interconexión entre Registro por medio de notas marginales no es extraña en nuestra legislación: así por ejemplo, se admite reflejar la hipoteca de un bien mueble (inscrita en el Registro de Bienes Muebles), en el folio abierto a la finca sobre la que el mismo se asiente, ex. Art. 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria que dice “*Cuando se hipoteque un establecimiento mercantil o maquinaria industrial o se pignoren bienes susceptibles, uno y otros, de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, conforme al artículo 111 de la Ley Hipotecaria, se hará constar la constitución de la hipoteca o de la prenda, al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca o pignora*”.

⁸²² Otro problema, es el que señala CAVANILLAS quien recuerda que “observando los códigos de conducta al uso en el mercado español, llama la atención que más del 80% de su contenido se limita a reproducir, más o menos literalmente, el contenido de las leyes; son, por ello, textos altamente redundantes, en los que el valor añadido, el plus de protección, ocupa una parte muy reducida del contenido dispositivo de los códigos (y no digamos ya si lo comparamos con el texto completo en el que es frecuente introducir unos larguísimos y totalmente innecesarios preámbulos). Sabemos, por otra parte, que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales incluye como número 10 de su “lista negra” la práctica consistente en “presentar los derechos

80% de disposiciones legales. Ello no necesariamente tiene que ser malo si valoramos la necesidad de conductas virtuosas *secundum legem* (para lo cual nos remitimos a lo dicho en los primeros capítulos respecto de la ejemplaridad y la costumbre), pero dado que hoy en día los Boletines Oficiales son accesibles *on line*, y las facilidades de búsqueda mucho mayores, una superinflación de páginas no hace más que introducir confusión, razón por la cual una conveniente poda ayudaría a lograr una inscripción más sencilla y clara en la expresión de qué es ley y qué es CDC.

Ahora bien, dado que ello implicaría una reforma del Registro de Bienes Muebles o bien la introducción de una sección en la que, por existir una calificación registral más extensa, se vería afectada por un importante agravio comparativo respecto a la sección de CGC, habría que ponderar la posible incorporación de la sección de CDC sin alterar el actual sistema o bien conferir al Registrador de Bienes Muebles una competencia calificadora más amplia que la actualmente ostenta respecto de las CGC (opción preferible, por lo dicho). Aún sin una calificación más amplia que la actualmente existente en materia e CGC, la nueva hipotética sección podría ofrecer unas condiciones de publicidad a la autorregulación que, si bien no serían las mismas que con la calificación extensa existente en el Registro de la Propiedad, serían mejores que las actuales.

Todo esto, claro está, respecto de CDC que no puedan ser publicados de otro modo, ya porque puedan ser publicados en el BOE (como es el caso del

que otorga la legislación a los consumidores como si fueran una característica distintiva de la oferta del comerciante”. La pregunta, entonces, está pagada: ¿puede la redundancia aludida calificarse de práctica desleal?” (CAVANILLAS “Códigos de conducta...” *Ob.cit.* Pág. 240). El autor concluye que no, pues el CDC no necesariamente tiene que recoger reglas, sino que en palabras de la propia Directiva puede recoger aspiraciones genéricas, lo cual a contrario implica que puede referirse a la ley. Con todo, una poda de contenido, sería muy conveniente.

código de buenas prácticas recogido en el RD 6/2012) o bien por su encaje en alguna de las secciones o Registros preexistentes.

3.3. En el Registro Mercantil.

Una vez vistos los efectos que podría otorgar la constancia de los CDCs en el Registro de CGC, hemos de plantearnos el encaje que en su caso podría tener la constancia en algún modo de los códigos de conducta en el Registro Mercantil y los efectos que la misma haya de producir.

El Registro Mercantil⁸²³ es el Registro jurídico que tiene por objeto la inscripción de los empresarios y sociedades⁸²⁴. Es un Registro de folio personal,

⁸²³ Para un conocimiento general del mismo, puede consultarse MENDEZ CASTRILLON, J.M^a. "Aproximación a la idea del Registro Mercantil Informativo Central. Estructura, contenido, funcionamiento y efectos. El Boletín Oficial del Registro Mercantil". José M^a Méndez Castrillón. *RCDI* 588, 1988. MESA MARTIN, F. "Aproximación al Registro Mercantil". *RCDI* 621, 1994.

dedicado a personas jurídicas. El mismo tiene una larga historia que hunde sus raíces en el Código de comercio de 1829.

La actual regulación del Registro Mercantil es consecuencia de las reformas⁸²⁵ llevadas a cabo para la adaptación de España al Derecho comunitario⁸²⁶ (en especial a la I Directiva europea en materia de Registros mercantiles⁸²⁷, a la que han seguido otras⁸²⁸), reforma que ha cambiado por

⁸²⁴ Se suele explicar como la oficina pública, dependiente del Ministerio de Justicia, dirigida por un Registrador y destinada fundamentalmente a la inscripción de los empresarios y actos y contratos relativos a los mismos, si bien, como se desprende del art. 2 RRM, también se le atribuyen otras funciones, que son las siguientes: La legalización de los libros de los empresarios; El nombramiento de expertos independientes y de los auditores de cuentas; El depósito y la publicidad de los documentos contables; La centralización y publicación de la información registral, que será llevada a cabo por el llamado Registro Mercantil Central.

⁸²⁵ Sobre la misma pueden verse, entre otros, GARCIA VILLAYERDE, R. "La reforma del Registro Mercantil". *La Ley* nº 2511, 1990. JIMÉNEZ DE LA PEÑA, J.J. "La reforma de sociedades y el Registro Mercantil". Juan Jiménez de la Peña. *RCDI* 592, 1989. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. "La reforma del Registro Mercantil". *Lunes cuatro treinta* nº 57, 59 y 60, Valencia 1990. LOPEZ MEDEL, M.- PAU PEDRON, A. *Efectividad y flexibilidad ante la reforma legislativa mercantil*. *Lunes cuatro treinta* 127, Valencia 1993.

⁸²⁶ A grandes rasgos, los instrumentos de la publicidad obligatoria según el art. 3 son los siguientes: 1º En cada Estado miembro se abrirá un expediente, en un registro central o bien en un registro mercantil o registro de sociedades, por cada una de las sociedades inscritas. Además, tras la Directiva de 13 de junio de 2012, de Interconexión de los Registros Centrales, Mercantiles y de Sociedades, los Estados miembros velarán por que se asigne a las sociedades un código identificativo único que permita identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre registros a través de este sistema de interconexión de los registros.

2º Todos los actos y todas las indicaciones que se sometan a la publicidad en virtud del artículo 2 se incluirán en el expediente o se transcribirán en el registro; el objeto de las transcripciones al registro deberá aparecer en todo caso en el expediente.

3º La publicidad de los actos y las indicaciones que se mencionan en el apartado 3 se realizará por medio de una publicación literal o en extracto, o bien bajo la forma de una mención en el boletín nacional designado por el Estado miembro que señale el depósito del documento en el expediente o su transcripción en el registro. El boletín nacional designado al efecto por el Estado miembro podrá estar en formato electrónico.

4º Los Estados miembros podrán optar por sustituir dicha publicación en el boletín nacional por otra medida de efecto equivalente que implique, como mínimo, la utilización de un sistema que permita consultar las informaciones publicadas en orden cronológico a través de una plataforma electrónica central.

5º Como novedad hace hincapié en la utilización de los medios electrónicos.

⁸²⁷ Al respecto, vid. MENENDEZ MENENDEZ, A. "La primera Directiva de la C.E.E. en materia de Sociedades y el Registro Mercantil español". Aurelio Menéndez Menéndez. *RCDI* 597, 1990.

completo la institución, y que ha sido objeto de abundantes estudios⁸²⁹ desde que se produjo hace más de 25 años (por Ley de 25 de Julio de 1989, la cual dio lugar al vigente Reglamento del Registro Mercantil de 1996⁸³⁰, el cual ha sido objeto de diversas modificaciones posteriores⁸³¹).

Antes de entrar a ver qué posibilidades reales ofrece la práctica, debemos considerar que uno de los principios por los que se rige el funcionamiento del Registro Mercantil es el de tipicidad⁸³², de modo que sólo cabe registrar lo expresamente contemplado por la ley. Ello se debe a los radicales efectos de legitimación y oponibilidad de lo inscrito que se derivan de la inscripción-publicación, los cuales no pueden darse a toda la materia registrable, pues de otro modo se podría generar inseguridad cuando lo que se pretende es exactamente lo contrario. En efecto, no todo es registrable: primero, porque el exceso de información podría terminar ocasionando lo que la doctrina ha

⁸²⁸ Hoy hay que tener también presente la Directiva de 2009/101/CE, así como la relativa a la interconexión de registros Mercantiles de 13 de Junio de 2012.

⁸²⁹ Entre otros, cabría mencionar: BENAVIDES DEL REY, J.L. "Los Registros de la Propiedad y Mercantiles como sistemas de información. Reflexiones en torno a una reforma: libros, estadísticas, índices y legajos". *BCNR* 171, 1981

⁸³⁰ RUANO BORRELLA, J.P. "La reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996: principales novedades". *BCNR*-21, 1996.

⁸³¹ Siendo entre ellas de gran importancia la que tuvo lugar para regular la publicidad de las resoluciones concursales, por medio del RD 10 Junio de 2005 y la llevada a cabo por la Ley de 27 de Septiembre de 2013, de apoyo a los emprendedores. Las reformas de los últimos tiempos han ido sobre todo dirigidas a recoger nuevas necesidad, relacionadas con la crisis en general, y con la crisis de la empresa y el derecho concursal en particular.

⁸³² "Al igual que el legislador se reserva la facultad de describir las conductas punibles, también se ha reservado la de determinar aquello que es inscribible en determinados Registros jurídicos, por la especial trascendencia que tiene su conocimiento para el conjunto social y por los singulares efectos que a la registración se otorgan" (CASADO BURBANO, P. *Principios registrales mercantiles*, Madrid, Colegio de Registradores 2002, Pág. 31)

llamado el “peligro de inabarcabilidad”⁸³³; por otro, los efectos que se producen respecto de la información publicada no pueden jugar por igual para todo tipo de informaciones, pues no es igual la trascendencia de una información que la de otra en la confianza del tercero y los efectos que de la misma se puedan seguir. A grandes rasgos la publicidad registral mercantil expresa el régimen de responsabilidad, la identificación del empresario y su representación⁸³⁴.

Con todo, no se puede desconocer que la extensión y eficacia de la materia registrable está en permanente expansión, lo cual GARRIGUES llamó crecimiento en “sentido horizontal” en cuanto al contenido de la inscripción y en “sentido vertical” en cuanto a los efectos cada vez más fuertes que la misma despliega⁸³⁵.

3.3.1 Posibilidades.

Para determinar si los códigos son o no inscribibles y en que medida, hemos de partir de dos premisas básicas:

⁸³³ En la doctrina alemana se ha llegado a señalar el “peligro de inabarcabilidad” (PAU PEDRÓN, A. “El Registro Mercantil”, en *Leyes hipotecarias y Registrales de España*. Tomo V, volumen II. Madrid, 1992, pág. 25).

⁸³⁴ “Puede decirse que la publicidad registral (mercantil) versa sobre tres cuestiones: el régimen de responsabilidad, la identificación del empresario y su representación; a cada una de éstas tres cuestiones o materias pueden adscribirse los 11 datos que según el art. 2 de la Directiva han de ser objeto de publicidad obligatoria y lo mismo cabría decir de los trece datos del 94 del Reglamento del Registro Mercantil” (PAU PEDRÓN, A. “El Registro Mercantil”, *Ob. Cit.* , pág. 25).

⁸³⁵ GARRIGUES DIAZ- CAÑABATE, J. “El Registro Mercantil en Derecho español”. *RCDI*, num. 69, Septiembre de 1930, Pág. 659.

1º Los CDCs se suelen emplear por parte de empresas que son personas jurídicas con forma societaria inscribible en el Registro Mercantil al amparo del art. 16 del Código de Comercio (CdC);

2º Los CDCs son determinaciones auto- asumidas que marcan cómo se comportará (o se debería comportar) la empresa en el desarrollo de su actividad, es decir, constituyen una manifestación de la autorregulación de la misma, ya sea adhiriéndose a un instrumento preestablecido, ya sea elaborando un instrumento propio. Una autorregulación que se une al resto de reglas o instrumentos de la autorregulación de la empresa. Sin embargo, así como otros instrumentos están claros por su valor contractual (cfr. Estatutos, contratos de trabajo...), en ocasiones los códigos de conducta son de eficacia coactiva menos clara. Como se ha visto en la primera parte, los mismos a veces pueden formar parte de un contrato (ej. Con los empleados), en cuyo caso son ley para los sujetos vinculados (art. 1090 CC); en otras ocasiones complementan a esos contratos (en cuyo caso podría plantearse su efecto vía el deber de cumplimiento conforme a la buena fe, art. 1258 CC)⁸³⁶; pero además, hay un efecto reflejo en quien no tiene la condición de acreedor ni de deudor⁸³⁷ (por ejemplo, códigos que rigen para socios y empleados, benefician a los consumidores, que no gozan del código como parte del contrato que en su caso celebren con la entidad), lo cual ubicaría los CDC en el ámbito de los principios respecto de las reglas y no serían exigibles coactivamente, no tendrían fuerza

⁸³⁶ Para un desarrollo más amplio de estos aspectos, véase la parte correspondiente al contrato en la primera parte.

⁸³⁷ En cuyo caso se produce la quiebra de relatividad que hemos planteado al tratar de los CDC en la teoría de la relación jurídica en el apartado correspondiente de la primera parte.

coactiva, pero si que tendría fuerza directiva⁸³⁸ (una fuerza directiva que, con todo, a veces influye en las normas coactivas pues inspira el contenido de las mismas en ese binomio reglas- principios, que de algún modo recoge la tensión regulación- autorregulación⁸³⁹). Este valor y efectos debe ser tenido en cuenta para ponderar si se inscribe o si no.

Partiendo de esto, podemos analizar si existe o no posibilidad de inscribir y si, a falta de la misma, sería o no planteable la inscripción y por qué.

Para ello, hemos de comenzar por una delimitación subjetiva: siendo el Registros Mercantil de folio personal, sólo serían inscribibles, en caso de que los admitamos, aquellos que se hayan redactado y se utilicen por parte de Sociedades inscritas⁸⁴⁰.

Hecha esta precisión subjetiva, podemos entrar a plantearnos la inscribibilidad. Entre las circunstancias de las sociedades que, conforme al art. 94 RRM deben hacerse constar en las inscripciones, no hay ningún apartado que se refiera específicamente a los instrumentos de autorregulación, pues se exige hacer constar la constitución y sus modificaciones.

⁸³⁸ Una explicación más completa de que sea lo que estamos planteando, puede verse en la parte final (filosófica) de la primera parte.

⁸³⁹ Al respecto, señala OLIVENCIA, en materia de buen gobierno, que algunos principios que se proponen en materia de buen gobierno, pasan del terreno de los principios al de las reglas cuando se incorporan a los Estatutos, lo cual sucede en ocasiones. OLIVENCIA RUIZ, M. ¿Los códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los códigos de buen gobierno?. *El sistema financiero y el gobierno corporativo: 40 Unacc*, 2011, Pag. 26.

⁸⁴⁰ Quedarían en consecuencia descartados los CDC impuestos por la ley (en los que ya actúa la publicidad del BOE) o bien los de entidades que no resulten inscribibles.

A falta de norma especial, tendremos que estudiar hasta que punto podría incluirse el CDC dentro de los acuerdos sociales, es decir, dentro de las reglas de constitución de la sociedad.

Para analizar el tema hay que tener presente que los Artículos 21 y 23 de la Ley de Sociedades de capital (LSC). Ni en uno ni en otro hay mención expresa al fenómeno de la autorregulación. La única vía de hipotética incorporación contractual sería por tanto el Artículo 28 de la Ley, a cuyo tenor

“En la escritura se podrán incluir todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”.

Si conectamos estos preceptos con el art. 94. 1 RRM **y el hipotético CDC formase** parte del acuerdo de constitución, entonces **podríamos** admitir su constancia en el Registro Mercantil. En caso contrario, no cabría defender dicha constancia a falta de normativa expresa. **La inscribibilidad de un CDC, por tanto, se supeditaría a que el mismo se insertase en los Estatutos⁸⁴¹.** Y con todo, hay que poner de relieve la existencia de un límite a la inclusión vía art. 28 LSC: sólo cabe la inclusión de aquellos pactos que no sean contrarios a los principios configuradores del tipo social elegido⁸⁴². **Un límite que no reputamos muy incómodo, pues es evidente que las reglas de buen gobierno no repugnan a la naturaleza del tipo societario de capital.**

⁸⁴¹ Supuesto no del todo extraño, en la medida en que, en materia de buen gobierno, pautas de conducta que en ocasiones comienzan siendo meros máximos de optimización (y por tanto, normas directivas en el sentido explicado en la primera parte), acaban incorporándose a los Estatutos o al régimen de los Administradores (y por tanto, acaban siendo normas coactivas), como hemos indicado observa OLIVENCIA (*Ob. Cit.* Pág. 26).

⁸⁴² Aunque excede los límites de este trabajo, diremos que los principios configuradores se han mostrado un concepto discutido y de difícil precisión, sin que al respecto haya una doctrina pacífica, como pone de relieve MIQUEL RODRÍGUEZ, J. *Comentarios a la LSA*. Tecnos. Madrid, 2001, p.137.

Sin embargo, en la medida en que los CDCs no formen parte de las reglas de constitución de la Sociedad (que será el supuesto habitual), **sería descartable su constancia al amparo de estos preceptos al amparo de la regulación actual.**

Siendo descartable la publicidad de la autorregulación de las sociedades inscritas vía la incorporación estatutaria de los instrumentos de autorregulación, una segunda vía que cabría plantear sería ver si los CDC encajan o no en la publicidad que cabe dar a los pactos parasociales.

Al respecto, debemos partir de la existencia de varias manifestaciones de la autorregulación en el ámbito societario⁸⁴³. Así, cabe mencionar tanto los protocolos existentes con carácter previo a la fundación de la Sociedad que llegan a funcionar como marco supra-estatutario en determinados entes; los pactos para- sociales que vinculan a algunos socios y que se suelen manifestar en el funcionamiento de la Sociedad, en su organización y en el ejercicio de derechos sociales por los socios; los cuerpos infra-estatutarios, que desarrollan los Estatutos en lo que al funcionamiento de la Sociedad se refiere; y los códigos voluntarios de buen gobierno que vienen a cumplir y desarrollar los objetivos propios de la llamada responsabilidad social corporativa. A esta última especie es a la que debemos adscribir los CDCs, por cuanto es en la que mejor encajan los mismos en la definición legal con la que contamos. En efecto, dichos códigos implican una asunción voluntaria de estándares normativos en orden al buen gobierno y la responsabilidad ambiental. En relación a estos CDCs queda

⁸⁴³ Entre ellas habría que destacar sobre todo los códigos de buen gobierno, que han dado lugar a una amplia literatura, así como a las reformas legales correspondientes.

Aun antes de que existiesen algunas de las publicaciones ya editadas en la materia, recibí sobre este punto la informada aportación de Luis FERNÁNDEZ DEL POZO REY, a quien quiero agradecer especialmente su colaboración.

todavía mucho por hacer en orden a su publicidad, pues ni viene impuesta por una norma ni es defendible, vistos los preceptos citados, su inscripción como parte de los Estatutos. Ahora bien, pese a dichas limitaciones, hemos de señalar que el camino por recorrer ya ha empezado, lo cual puede apreciarse en la regulación ya vigente en materia de publicidad registral de los protocolos familiares, de la que nos encargaremos enseguida.

En todo caso, el tratamiento registral de los códigos será diferente según el tipo de código ante el cual nos encontremos. Si se trata de un código inédito, cabría plantearse darlo a conocer entero. Si se trata de un código publicado por el Estado, siendo lo determinante de su observancia por una entidad su adhesión, sería el acto de adhesión lo que habría que publicar. Uno y otro dato, bien podían incorporarse a los obrantes hoy en el Registro Mercantil.

3.3.2 Los protocolos familiares.

En efecto, recientemente se ha dado un paso importante en lo que a la publicidad de la autorregulación se refiere: la promulgación de una norma expresamente referida a la constancia en el Registro Mercantil de los protocolos familiares (un fenómeno de autorregulación similar a los CDCs en el ámbito de la empresa familiar⁸⁴⁴).

⁸⁴⁴ La empresa familiar tiene y ha tenido una gran importancia.

Dentro de su tarea, ha habido un trabajo consciente a favor de la responsabilidad social, la cual se resumió en documento de 2009, que puede verse en <http://www.iefamiliar.com/web/es/ief.html>. De dicho informe se desprende que el 74% de las empresas familiares han procedido a promover códigos de conducta, algunos de los cuales puntúan por encima de los de otras empresas en su contenido y los valores que el mismo incorpora (cfr. Págs. 32-35 del citado documento).

El Real Decreto 171/2007 de 9 de Febrero regula la publicidad de mismos. En su Exposición de Motivos se hace referencia a la garantía que constituye para los terceros la existencia de estos protocolos y a la lícita autorregulación que los mismos constituyen⁸⁴⁵ y se define el protocolo como el

*“conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares respecto de una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”*⁸⁴⁶.

Precisamente desde el respeto a la autonomía de la voluntad se establece la regulación de su constancia en el Registro Mercantil, pues como dice más adelante la EM

“los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo no son objeto de regulación, como tampoco lo es su contenido que será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial, en hipótesis más frecuente sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en el societario”.

En cuanto a las reglas relativas a su constancia en el Registro, se admiten tres modalidades:

Recientemente se ha destacado que el volumen de empleo que genera por millón facturado es superior (5,1/m) a los de las empresas no familiares (3/m). <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/las-empresas-familiares-crearon-51-empleos-por-millon-facturado-en-2013-frente-a-los-3-empleos-de-las-demas>

⁸⁴⁵ Así, según la EM: “Una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí. Esta realidad económica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita autorregulación de sus propios intereses especialmente en relación a la sucesión de la empresa familiar, removiendo obstáculos y dotando de instrumentos al operador jurídico.

La cultura del protocolo familiar, *shareholders agreement*, se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad”.

⁸⁴⁶ Ni que decir tiene que existe cierta similitud con el concepto de CDC establecido por el art. 2 de la Directiva 2005/29 de 11 de Mayo visto más arriba.

1º la mera constancia de la existencia de un protocolo, con referencia a sus datos identificativos y no a su contenido, en el asiento de inscripción (art. 5);

2º el depósito del protocolo o parte de él, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales, que exigirá su constancia en documento público (art. 6);

y 3º mediante inscripción podrá constar en el Registro Mercantil la escritura de elevación a público de acuerdos sociales que contenga, en ejecución del protocolo y con mención expresa del mismo, cláusulas inscribibles (art. 7).

Así, el art.5 establece *“Constancia registral de los protocolos.1. El órgano de administración también podrá solicitar del Registrador mercantil, mediante instancia con firma legitimada notarialmente, la constancia en la hoja abierta a la sociedad de la existencia del protocolo familiar con reseña identificativa del mismo en el cual se hará constar si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral.*

2. Si el protocolo familiar se hubiere formalizado en documento público notarial se indicará en la inscripción el Notario autorizante, lugar, fecha y número del protocolo notarial del mismo. En ningún caso podrá ser exigida por el Registrador la presentación del mismo ni será objeto de calificación su contenido, sin perjuicio de que el Registrador deberá comprobar que es accesible en el sitio a que se refiere el apartado anterior y que no existe otro protocolo anterior, salvo que sea modificación o sustitución de éste y así lo haga constar el órgano de administración”. Es decir, se limitan las facultades de calificación a la simple verificación del tracto registral, reforzando con ello este RD la regla establecida en el art. 11 RRM.

Por su parte, el art. 6 establece *“Protocolo familiar en la presentación de las cuentas anuales.*

El órgano de administración, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales podrá incluir entre la documentación correspondiente, copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar, el cual será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador”.

Y el art. 7 remata con el tercero de los modos de hacer constar el protocolo, diciendo *“Inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo familiar. Cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo*

familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública”.

Con estas normas se permite una constancia en el Registro que no es obligatoria pero que dota de certidumbre sobre el protocolo y su contenido a terceros que con la sociedad se relacionan. Dicha constancia no altera la obligatoriedad de las normas procedentes de la autorregulación, las cuales proceden del pacto social, pero sí da constancia y por ello seguridad a terceros⁸⁴⁷.

Trasladando estas normas vistas al campo de los CDCs, podemos fijar algunas ideas. En primer lugar cabe señalar que, a falta de una normativa específica, no es posible reflejar en los términos previstos para los protocolos familiares los CDCs en el Registro Mercantil, sino en la medida en que los CDCs se configuren como protocolo familiar.

Ahora bien, la existencia de una norma como la indicada, que contempla el reflejo de esta manifestación de la autorregulación que son los protocolos familiares, bien podría ser tenida en cuenta como un antecedente para en un futuro, y en tanto la existencia de normas relativas a CDCs es cada vez más habitual, establecer la posible inscripción de los CDCs en el Registro Mercantil. Dicha constancia permitiría una mayor confianza por parte de los terceros que con la sociedad se relacionen y contribuiría a progresar en el marco de seguridad que por medio de los Registros Mercantiles se pretende crear en el mercado. Para reforzar esta afirmación, citaremos la norma que ha marcado el

⁸⁴⁷ Se aprecia aquí el efecto reflejo para otras personas del deber jurídico, así como la quiebra de responsabilidad que se produce en el caso de que se pretenda una eficacia del protocolo en la relación empresa- tercero, como hemos destacado en la primera parte al hablar del papel de los CDCs en relación a los contratos, así como la llamada por la doctrina “quiebra de la relatividad”.

Registro Mercantil en los países de la UE en los últimos 40 años: la I Directiva en materia de sociedades 68 /151/CE, la cual afirma que la publicidad por medio del Registro Mercantil debe hacer posible que “*los terceros conozcan los datos esenciales de la sociedad, así como algunos aspectos relativos a la misma*”.

Ni que decir tiene que entre estos “*aspectos*” bien podríamos incluir los CDCs. El hecho de que hasta la actualidad no se haya contemplado la inscripción⁸⁴⁸ de la autorregulación parasocial, no ha de implicar que no deba hacerse en el futuro⁸⁴⁹. La explosión autorregulatoria en el mercado, la evolución de los acontecimientos, la necesidad de que las entidades inscribibles se comprometan más allá de lo estrictamente legal con ciertos valores, y el espíritu de transparencia y publicidad de los distintos aspectos de las Sociedades proclamado por la Directiva, podrían llevarnos a postular una evolución hacia la inscripción de los CDC. Dicha inscripción sería especialmente relevante cuando los mismos tengan anclaje estatutario como prestación accesoria de cumplir las determinaciones de un pacto parasocial. A éste respecto, por la doctrina alemana se ha defendido la necesidad de que las prestaciones accesorias puedan determinarse y conocerse por su publicación legal. Entre nosotros, FERNANDEZ DEL POZO entiende que la oponibilidad de las mismas a terceros adquirentes de acciones o participaciones debe estar supeditada a la publicidad registral de las mismas, señalando este autor que el Real Decreto citado no ha desaprovechado la ocasión para posibilitar la

⁸⁴⁸ Uso aquí inscripción en sentido amplio como asiento o reflejo registral, lo cual admitiría también la posibilidad de que se reflejase por medio de nota marginal, por remisión al Registro de Bienes Muebles, en el caso de que se acogiese allí el contenido de un CDC de incidencia contractual, en los términos que hemos expresado al encargarnos de éste tipo de Registro.

⁸⁴⁹ Con las necesarias cautelas respecto de la extensión excesiva o riesgo de inabarcabilidad de la información.

inscripción de los pactos parasociales, con los consiguientes efectos de oponibilidad a terceros⁸⁵⁰.

Más allá de la incidencia estatutaria o relativa al interior de la sociedad⁸⁵¹, sería una información valiosa respecto de la sociedad, con incidencia en la actuación mercantil de la misma, generadora de confianza. A este respecto, no podemos olvidar la importancia de la confianza en el conjunto de la doctrina del negocio jurídico⁸⁵². Las empresas familiares también están llamadas a generar cierta certidumbre y confianza: la seguridad sobre sus protocolos (que tienen una fuerza directiva⁸⁵³ sobre toda la sociedad) y el contenido de los mismos es un plus en este proceso.

3.3.3 Efectos.

1º En cualquier caso, para el caso de que consideremos viable al amparo de las normas hoy vigentes la inscripción del CDC en el folio abierto a la sociedad redactora del mismo (ya mediante su incorporación como pacto social, ya mediante su incorporación como pacto parasocial –dentro de las escasas posibilidades hoy admitidas para los mismos-), o bien para el supuesto de que hayamos de postular dicha inscripción al amparo de una normativa futura,

⁸⁵⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO REY, L. *El protocolo familiar....Ob.cit.* Págs. 240 y ss.

⁸⁵¹ Que sería una incidencia inter partes, coactiva como tal contrato, pero que se limitaría al objeto del pacto social y a sus sujetos.

⁸⁵² Cfr. BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*. EDERSA, Madrid. Págs. 43 y 44

⁸⁵³ Fuerza directiva que si que cuenta en el orden de la confianza con los co-contratantes, aunque no haya acción ni coactividad respecto de los mismos (por la fatal de objeto o de relatividad estudiadas al tratar del contrato en la primera parte).

hemos de señalar los efectos que dicha constancia originaría. Dichos efectos debemos tener presente que son los que se producen de acuerdo con la Ley española, que no es ni mucho menos igual que las leyes de los otros Estados⁸⁵⁴. En efecto, aun cuando estamos en un marco común de publicidad mercantil⁸⁵⁵,

⁸⁵⁴ Pese al proceso de armonización derivado de la I Directiva, y de la ya referida Directiva de 2009/101/UE, todavía existen diferentes principios organizativos y jurídicos en los Registros de la comunidad europea.

En Italia rige el Código civil de 1942 que regula el registro de empresas, completado por el Decreto de 29 de diciembre de 1969 que adapta el sistema publicitario italiano a la Directiva I comunitaria. El Registro radica en la cancillería de los Tribunales. Se trata de un órgano judicial y sus actuaciones se consideran como actos de jurisdicción voluntaria. Cabe destacar que entre otros, se establece la inscripción obligatoria de los empresarios que ejerciten actividades de producción de bienes o servicios, de intermediación en la circulación de bienes; de transporte por tierra, mar o aires; de carácter bancario o asegurador, y cualquier otra actividad auxiliar de las anteriores, con excepción de los pequeños empresarios, así como también las empresas no societarias. En cuanto a los efectos se siguen los postulados de mínimos de la 1ª Directiva Comunitaria.

En Alemania rige el HGB, completado por una L. Jurisdicción Voluntaria de 1937, sucesivamente modificada. El Registro Mercantil está adscrito a los Juzgados con dedicación exclusiva de un Juez. Cada uno de los registros se divide en dos secciones, una empresarios y otra para sociedades. La inscripción del comerciante individual en la Sección A y la constitución y modificación estatutaria en la B tienen carácter constitutivo. En los demás casos predomina el declarativo. Así, las sociedades adquieren su personalidad jurídica mediante la inscripción, que consiste en un reducido extracto de los documentos presentados. Estos, a su vez, quedan archivados en la correspondiente carpeta. En cuanto a los efectos de la inscripción, **se sigue** el sistema de la Directiva Comunitaria, contemplando el aspecto positivo y negativo de la publicidad. Como particularidad, la publicación es doble, en un Boletín oficial y, al menos, en un periódico, que se designa al principio de cada año con carácter fijo.

En Francia el origen del Registro se remonta a un mero repertorio administrativo de carácter informativo, careciendo la inscripción de valor jurídico alguno. Se trató de poner remedio a esta situación mediante una serie de disposiciones que culminaron en un D. 30 V 1984, derogatorio de todo lo anterior, que organizó el Registro Mercantil dividiéndolo en Registros locales (a cargo de los Secretarios Judiciales de los Tribunales de Comercio, o de los Tribunales de Primera Instancia) y el Registro Central o Nacional, que se lleva en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial y que recoge los datos remitidos por los Registros locales. En los Registros locales la inscripción se practica archivando uno de los ejemplares de la solicitud, y enviando el duplicado al Registro nacional. Hay un libro de entrada de solicitudes de operaciones registrales y para comerciante o sociedad se abre un expediente. Los Secretarios judiciales, encargados de los Registros locales, tienen facultades calificadoras muy amplias. Examinan, bajo su responsabilidad, “la regularidad de la solicitud”; la conformidad de los datos con las disposiciones legales y reglamentarias; y la compatibilidad con la situación registral anterior, tratándose de solicitudes de modificación o cancelación. Respecto al principio de publicidad, se establece la inoponibilidad a terceros de los actos circunstancias que no hayan sido publicadas en el RM.

Por lo que respecta a Inglaterra, el denominado “Companies House” es un registro fundamentalmente de sociedades, teniendo la inscripción un carácter constitutivo. Practicada la inscripción, el Registrador expide una certificación de la constitución de la sociedad, lo cual se anuncia en un periódico oficial. La función de la persona encargada del Registro es puramente administrativa y sus funciones calificadoras escasas, siendo la inscripción raramente rechazada.

⁸⁵⁵ Los efectos jurídicos materiales de la publicidad se contemplan en el art.3 apartados 5 y ss de la I Directiva, los cuales en esencia fija que

los efectos que exige el Derecho comunitario son mínimos y se limitan a una regla de inoponibilidad, sin que ello impida efectos mayores en cada uno de los Estados.

Aun siendo escasos los efectos (es decir, como mera publicidad noticia, sin que rijan una regla de protección del tercero que se relaciona con la sociedad por la confianza suscitada al mismo por la publicidad de una regla de conducta), pueden y deben constituir un argumento más a favor de plantearse la inscripción, ya vía la admisión de la inscripción bajo la vigencia de la legislación actual, ya vía la elaboración de una norma futura que permita llevar a cabo dicha inscripción.

2º En este orden, hemos de recordar que el CDC se suscribe y se admite únicamente por los socios. Ellos son los vinculados por los pactos parasociales, y es en la causa del contrato social donde encuentra anclaje la obligatoriedad de

5. La publicidad de los actos y las indicaciones que se mencionan en el apartado 3 se realizará por medio de una publicación literal o en extracto, o bien bajo la forma de una mención en el boletín nacional designado por el Estado miembro que señale el depósito del documento en el expediente o su transcripción en el registro. El boletín nacional designado al efecto por el Estado miembro podrá estar en formato electrónico.

Los Estados miembros podrán optar por sustituir dicha publicación en el boletín nacional por otra medida de efecto equivalente que implique, como mínimo, la utilización de un sistema que permita consultar las informaciones publicadas en orden cronológico a través de una plataforma electrónica central.

6. Los actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros por la sociedad hasta después de la publicación mencionada en el apartado 5, salvo si la sociedad demuestra que estos terceros ya tenían conocimiento de los mismos.

No obstante, para las operaciones realizadas antes del decimosexto día siguiente al de la mencionada publicación, estos actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros que demuestren la imposibilidad de haber tenido conocimiento de los mismos.

7. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para evitar cualquier discordancia entre el contenido de la publicación efectuada de conformidad con el apartado 5 y el contenido del registro o expediente. No obstante, en caso de discordancia, no podrá oponerse a terceros el texto publicado de conformidad con el apartado 5; estos, sin embargo, podrán invocarlo, a menos que la sociedad demuestre que han tenido conocimiento del texto recogido en el expediente o transcrito en el registro.

Los terceros podrán valerse siempre de los actos e indicaciones cuyas formalidades de publicidad aun no se hubieran cumplimentado, a menos que la falta de publicidad les prive de efecto.

los mismos⁸⁵⁶. Dicho efecto obligatorio será sólo respecto de los contratantes integrados en la relación plurilateral que constituye el contrato social. Cabría plantearse entonces qué pasa con los terceros que se relacionen con la sociedad.

Al respecto de los terceros⁸⁵⁷, es una regla de principio⁸⁵⁸ en el funcionamiento del Registro Mercantil la de la oponibilidad frente a los terceros de los actos inscritos⁸⁵⁹. En este orden, dispone el art. 21 CdC que

“Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”, añadiendo su tercer apartado que “En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable”.

Con más detalle, el Art. 9 del RRM

“1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.

2. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos.

3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable.

Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado.

4. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción.

⁸⁵⁶ Recuérdese lo visto en la primera parte sobre el encaje de los CDC en los contratos.

⁸⁵⁷ A quienes las reglas de funcionamiento del Registro Mercantil protegen frente a inexactitudes, y en quienes al fin y al cabo se pretende suscitar confianza por parte de las entidades al ofrecer un código de conducta.

⁸⁵⁸ Y, como se ha visto, la principal exigencia común a la publicidad mercantil en la UE.

⁸⁵⁹ SEQUEIRA MARTIN, A. "La eficacia de la publicidad registral mercantil. (Introducción histórica y Derecho Comparado)". *RCDI* 629, 1995.

Dicha oponibilidad está orientada a que los terceros se vean perjudicados frente a la sociedad por las circunstancias de la misma que, publicadas, deben ser conocidas por los mismos en su actuación respecto a la entidad inscrita; pero también a que la sociedad se vea perjudicada por la situación publicada en la que confían los terceros y que en su caso sea diferente de la extrarregistral (por ejemplo, si consta como administrador de la sociedad una persona que ya no lo es, los terceros pueden confiar en la situación publicada y la sociedad queda vinculada por los actos llevados a cabo por el administrador).

Analizado el principio mercantil de oponibilidad desde la óptica de los problemas que origina la puesta en circulación de los CDCs, hemos de comenzar por señalar que este efecto de la regla de oponibilidad no nos añade nada (**en cuanto a efectos coactivos**) a la situación del tercero que con la sociedad se relacione respecto a los CDC en su vertiente de oponibilidad de lo inscrito: los terceros no podrán, por el hecho de la publicación, lograr una efectividad frente al ente autorregulado de las determinaciones del CDC⁸⁶⁰.

Al fin y al cabo, si de perjudicar a terceros por el Código se trata, ya se encargará la sociedad de establecer los mecanismos para ello: el principio de oponibilidad del Registro Mercantil supondrá un apoyo más (a la sociedad, no a los terceros).

Sin embargo, lo que tal vez sería más interesante, mediante la inscripción en el Registro Mercantil sería lo contrario: plantear que la Sociedad se vea

⁸⁶⁰ Efectividad coactiva que dependerá de los vínculos obligatorios en los que en su caso tenga o pueda tener encaje el código, a saber: contrato (sea directamente, o mediante la exigibilidad del CDC como instrumento complementario del mismo, ex. Art. 1258 CC), o declaración unilateral en su caso. Una efectividad en la que la inscripción no añadiría nada, pues no depende la publicidad (pues no es algo que obligue a terceros) sino de los consentimientos (pues obliga a partes, art. 1257 CC).

perjudicada frente a terceros por sus propias afirmaciones y compromisos unilateralmente adquiridos al redactar y publicar el CDC. En este orden, habría que indagar la posible obtención de un resultado inverso de la oponibilidad de los pactos, es decir, del tercero frente a la sociedad (lo cual se relaciona la regla de inoponibilidad de lo no inscrito). Y es que no podemos olvidar que la forma de actuar la regla de oponibilidad en el ámbito mercantil es fundamentalmente por inoponibilidad de lo no inscrito, la oponibilidad de lo publicado y la invocabilidad de lo mismo en caso de discordancia⁸⁶¹.

No obstante, antes de entrar a analizar la posible consecución es este efecto, debemos señalar que la constancia de los CDCs en el Registro, aun cuando no implique que la Sociedad queda vinculada, si produce otros efectos positivos cuales son los de facilitar la exigibilidad de las reglas parasociales por su conocimiento por los propios socios y el facilitar su conocimiento por parte de los potenciales socios o simplemente de terceros (potenciales adquirentes, quienes tal vez condicionen su decisión de contratar a las prescripciones del CDC), lo cual reviste especial interés en sociedades cotizadas o con un número de socios elevado. Dicha constancia, dada la puerta abierta a la constancia de lo parasocial en el Real Decreto de protocolos familiares⁸⁶², será imprescindible cuando se trate de prestaciones accesorias cuya determinabilidad se posibilita hoy mediante la constancia registral, abandonando la determinabilidad extra-tabular.

⁸⁶¹ Cfr. CASADO BURBANO, P. *Ob. Cit.* Págs. 335 a 352.

⁸⁶² Y en las previsiones del proyecto de Código Mercantil respecto de los grupos de sociedades.

Respecto de los terceros quedarían limitados, a falta de una norma que les permitiese exigir el cumplimiento del CDC con base en la inscripción, a la invocabilidad del mismo frente a la sociedad en caso de discordancia entre lo inscrito y lo publicado en los términos del art. 21. 3 CdC y 9. 3 RRM. No podrían basar su exigencia a la Sociedad de que cumpla el CDC en la constancia registral del mismo salvo en el caso de discordancia, por tanto. Una exigibilidad que, por otra parte, tampoco parece viable coactivamente en tanto no encaje en el objeto de las prestaciones a que la sociedad pueda estar obligada con los terceros⁸⁶³.

Ahora bien, lo que si debemos señalar es que, **si los CDCs fuesen inscribibles y su publicidad surtiese algún efecto para la exigibilidad coactiva del mismo** los terceros sí que podrían alegar su desconocimiento y la sociedad no podrá basarse en las determinaciones del CDC para exigir comportamiento alguno a los terceros que con ella contraten. Dicha regla parece de poca utilidad práctica por cuanto es evidente que, con publicidad o sin publicidad efecto, el obligado por el CDC es la sociedad⁸⁶⁴ y no el tercero.

El efecto habría que buscarlo más en las posibles reclamaciones que posteriormente a la celebración de contratos con terceros puedan surgir en el seno de la Sociedad entre quienes, obligados, pueden exigirse entre sí el cumplimiento de la obligación. En estos supuestos, en caso de proceder una reclamación frente al administrador, la misma será meramente interna. El tercero no podrá verse perjudicado por la misma, en tanto no se hubiese

⁸⁶³ Sin perjuicio de la eficacia directiva, resaltada en la primera parte del estudio, y los efectos que la misma pueda suscitar en orden a la confianza.

⁸⁶⁴ Precisamente en la habitualidad de los CDCs en las relaciones contractuales de tracto sucesivo, debemos buscar y encontraremos un ámbito en el que el código cumple un papel normativo respecto de la sociedad.

publicado el CDC o lo hubiese sido de manera errónea. Esto nos devuelve al problema de la relatividad planteado en la primera parte: los códigos solo producen efectos coactivos para quienes están vinculados por un contrato que de fuerza vinculante al código; los terceros podrán disfrutar efectos reflejos del deber jurídico nacido del contrato, pero no tienen la condición de acreedor. Relacionando esto con el principio de oponibilidad, resulta que sólo cabría valorar el papel de la misma en las relaciones externas de la sociedad, no en las internas. La oponibilidad registral mercantil no añadiría nada al cumplimiento del código en la medida en que los acreedores del mismo sean socios, o la sociedad frente a un empleado o administrador. Solo añadiría algo en tanto se trate de terceros, supuesto harto improbable, pues los terceros no van a tener obligación con la sociedad regida por un código, sino en tanto forme parte de un contrato. Y en ese caso la constancia en el contrato sería la determinante, de modo que la discordancia registral es complicado que surta efecto alguno.

Así las cosas, podría parecer que el juego del principio de oponibilidad no añadiría nada a la situación actual, ni aun en caso de inscripción de CDCs con efecto coactivo.

Sin embargo, sí que debemos señalar que con la publicidad registral el efecto de los CDCs sería claramente otro, desde una óptica de la fuerza directiva de la norma (*vis directiva*). En efecto, publicados en el Registro los CDC serían tenidos en cuenta por los terceros y, en la medida en que se contaría con la obligatoriedad de los CDCs, estos marcarían la actuación de los administradores de las Sociedades autorreguladas y serían tenidos en cuenta por inversores y

contratantes⁸⁶⁵. Ello generaría una observancia que, a falta de inscripción, no sería la misma. De ahí la utilidad de la publicación. Una publicación que sería mera publicidad noticia y que conecta más con la problemática del riesgo reputacional y del ejemplo al que nos hemos referido en la primera parte.

De otro modo (recapitulando el efecto de la inscripción respecto de los CDC): los efectos que en su caso pudiese tener la constancia del CDC en el Registro Mercantil, dependen del valor y efectos del CDC. Si el mismo tiene fuerza coactiva (por alguna de las vías estudiadas en la primera parte de este trabajo), el principio de oponibilidad en caso de discordancia podría a veces jugar a favor del cumplimiento del código (aunque sería extraño, dada la actual configuración del mismo, referida más a la legitimación de representantes que a las pautas de conducta de los mismos).

No siendo una norma coactiva, la publicidad no jugaría efecto alguno en sentido jurídico- coactivo, no tanto por falta de efecto de la misma, sino por falta de efecto de lo publicado. En este caso, lo único que cabría plantearse es si la publicidad noticia es conveniente para una norma de valor meramente directivo.

3º Al respecto de esto, debemos considerar que la publicidad noticia suele emplearse para reforzar el contexto de seguridad y reducción de asimetrías informativas respecto del ámbito de vigencia de normas de Derecho objetivo. Normas que son controladas en su fuente de producción, garantizándose la

⁸⁶⁵ Dentro del papel reputacional más amplio que los códigos normalmente cumplen en orden a la promoción de la ejemplaridad.

legalidad de las mismas mediante la observancia de un procedimiento productivo.

Los códigos de conducta, según se ha visto en la primera parte al plantear su engarce dentro de las fuentes del Derecho, serían más que reglas coactivas, mandatos de optimización para garantizar un pleno desarrollo de aquellas, un *continuum secundum legem*.

Sin embargo, su fuente de producción suele ser privada, carente por tanto de control de legalidad en origen, y su publicidad carece de oficialidad. Estas dos carencias, unidas a su utilidad, deben ser valoradas para ponderar qué podría aportar la publicidad noticial de los mismos en el Registro Mercantil: una publicidad controlada por el Estado, respondiendo de su legalidad, y reforzando el conocimiento preciso para la plena efectividad (aunque solo fuere directiva, *continuum secundum legem*) de los mismos.

4º Lo anterior nos lleva a plantearnos necesariamente el problema de su control de legalidad, ¿aportaría algo la inscripción en el Mercantil?

Para responder a esa pregunta hemos de tener presente que el art. 18. 2 CdC y el art. 6 RRM establecen que

“los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro”.

En caso de inscripción de instrumentos de autorregulación en el Registro Mercantil, cabría por tanto y con carácter general un control *ex ante* de legalidad de los mismos del que a día de hoy carecen, pues no cabría inscribir

cláusulas que sean ilegales. Digo con carácter general, pues no todo es igualmente calificable, y a veces la calificación en el ámbito mercantil se limita a verificación de concurrencia de requisitos para un depósito (como se ha visto respecto de los protocolos familiares). Esto afecta especialmente al depósito o consignación registral de datos cuyo efecto sea la mera publicidad noticia: la calificación suele estar mitigada. El control de legalidad, *a priori*, sólo se lograría en caso de tratarse de instrumentos vinculantes coactivamente. Algo sumamente interesante en caso de que se trate de CDC que puedan ser vinculantes por vía de las exigencias de la buena fe (como prestación accesoria, ex. Art. 1258 CC). En el resto de casos, la publicidad (siguiendo los principios hoy vigentes), no acarrearía control de legalidad. Sería más parecida al depósito de cuentas (cuya calificación es mitigada). En la medida en que estaría dando entrada en el Registro a CDCs afectados por vicios de legalidad, su impugnación requeriría además la del asiento en el que consten (art. 20 CdC). Ello de algún modo restaría valor a la información publicada, lo cual hace que parezca más lrazonable promover que, en caso de que admitiésemos la inscripción de los códigos, se llevase a cabo una calificación plena. Y ello aunque no vayan a producir efectos coactivos pues, como hemos visto, los pueden tener directivos (y repugna al sentido común el valor directivo de una norma injusta)⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶ Con anterioridad al presente mantuve la opinión de que la publicidad meramente noticia podría carecer de utilidad (Cfr. *Autorregulación y publicidad registral*. Fundación Registral. Madrid 2010. Pág. 151). Sin embargo, valorando en su conjunto (desde la teoría de la ejemplaridad, desde la consideración de que hay CDC que sólo obligan moralmente), la mera publicidad noticia (que por otra parte se emplea bastante, casi siempre destinada a clarificar la información en orden a los motivos de la contratación), puede surtir sus efectos positivos.

3.3.4 Conclusión.

La puerta que ha abierto el RD sobre protocolos familiares a la inscripción de los instrumentos de autorregulación en el Registro, constituye un instrumento limitado de cara a la publicidad registral de los códigos de conducta, pero es un primer paso en la dirección hacia su publicidad registral. En efecto, la redacción del mismo no permite interpretar sino que se trata de mera publicidad noticia⁸⁶⁷. Además, las reglas relativas a su publicidad (sobre todo las derivadas del art. 5) parecen haber concebido un mecanismo de simple depósito que limita considerablemente la calificación (y por tanto el conveniente control de legalidad).

En todo caso, la indicada vía del art. 7 del RD podría constituir una primera manifestación de publicidad efecto y con calificación de los instrumentos de autorregulación en nuestro Derecho, dado el anclaje estatutario y por tanto contractual que en estos casos tendrán sus normas.

En caso de abrir el Registro a los CDCs mediante la reforma legal correspondiente, debería tenerse presente que los efectos de la inscripción (publicidad efecto), sólo serían determinantes en tanto en cuanto los CDC tengan efecto coactivo. Fuera de ese supuesto, la inscripción no sería base de una exigibilidad coactiva, pero sí un instrumento más a favor de la confianza que los CDC pueden generar: si es una norma coactiva, facilitando su aplicación;

⁸⁶⁷ Una forma de publicidad que si de lograr efectos reputacionales se trata no debería ser infravalorada, con el problema y límite, eso sí, de no recargar excesivamente de datos el Registro Mercantil.

y si lo es directiva, interpelando más a su cumplimiento por su general conocimiento.

Tanto en un caso como en otro, sería razonable controlar la legalidad de los CDC a inscribir. En el primero, porque sino se producirían efectos coactivos apoyados en una norma impugnable, con sustento institucional en un Registro del Estado. En el segundo porque repugna al sentido común que vaya a tener efecto directivo con apoyo en un Registro una norma injusta.

3.4 En el Registro de la Propiedad

3.4.1 Posibilidades

En cuanto a la posible constancia de los CDCs en el Registro de la Propiedad, hemos de partir de lo que este Registro es para indagar cualquier posibilidad.

Como es sabido, el Registro de la Propiedad inmueble tiene por objeto los derechos reales (Art. 1 LH): un objeto que se señala en sentido amplio, pues parece que al hablar del mismo nos estamos refiriendo a toda clase de situaciones jurídicas⁸⁶⁸ relativas a los mismos derechos. Esta primera aproximación nos llevaría a decir que, con carácter general, no se podrían reflejar códigos de conducta en el Registro de la Propiedad en tanto el contenido

⁸⁶⁸ En este sentido, PAU PEDRON, A. *La publicidad registral*. Colegio de Registradores, Madrid 2001. Págs. 269 y ss.

propio de los CDCs no se refiere a derechos reales⁸⁶⁹ ni normalmente determina su contenido, pues

“el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles” (art. 1 LH).

Es decir, sólo en el caso de que se haya incorporado el contenido del Código a un contrato determinado relativo a inmuebles⁸⁷⁰, y sólo en el caso de que tenga trascendencia real todo o parte del CDC se podría llevar a cabo este reflejo (conforme a los Artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento).

Pese a ésta primera impresión, debemos señalar que hay casos en los que cabría plantearse la inscribibilidad de los instrumentos de autorregulación en el Registro de la Propiedad.

El fundamento para este planteamiento sería doble: por un lado, como hemos señalado en la parte introductoria común a este capítulo relativo a las posibilidades y efectos de registración de los CDC, el actual contexto social impersonal se caracteriza por la existencia de diversidad de entes, algunos societarios y otros comunitarios sin personalidad jurídica. Unos y otros se configuran como entes abiertos a personas desconocidas, a un contexto de contratación impersonal. Por otro lado, derivado de lo anterior, existe una tendencia cada vez más clara a ampliar la materia registrable, pues de ese modo se ofrece más información sobre estos entes a terceros. En efecto, la tendencia

⁸⁶⁹ Este es el criterio que se sigue con carácter general respecto de cualquier tipo de estatuto sobre inmuebles. Así, por ejemplo, si se pretendiese la inscripción de una comunidad romana, como señala MATEO y VILLA, I. - “Inscripción de estatutos de la comunidad romana”. *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, Vol. 1, Nº. 1, 2014, Pág. 136.

⁸⁷⁰ Sobre las posibilidades que de esto pudiese haber, nos remitimos a lo visto en la primera parte al tratar de instrumentos de autorregulación vinculante relacionados con inmuebles, que sería el punto de partida de este apartado.

cada vez más consolidada en la determinación de la materia inscribible es la de hacer constar en el Registro circunstancias relativas a las fincas completamente ajenas al contenido de los derechos reales constituidos (que tienen más que ver con el Derecho objetivo que con los derechos subjetivos⁸⁷¹) sobre las mismas como por ejemplo la exigencia de que conste en la inscripción de los derechos reales sobre fincas donde se lleven a cabo actividades contaminantes tal circunstancia⁸⁷² o bien circunstancias atinentes al urbanismo⁸⁷³ carentes de trascendencia real o que ya tienen efecto por su publicación oficial⁸⁷⁴. Estos

⁸⁷¹ A decir de GARCIA GARCIA “el legislador en ocasiones pretende la publicidad registral de ciertas normas con ocasión de un acto inscribible” (GARCIA GARCIA, J.M. *Derecho...Ob. Cit* Pág. 44).

⁸⁷² Cfr. Art. 8 RD 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados. “1. Los propietarios de fincas en las que se haya realizado alguna de las actividades potencialmente contaminantes estarán obligados a declarar tal circunstancia en las escrituras públicas que documenten la transmisión de derechos sobre aquellas. La existencia de tal declaración se hará constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción a que tal transmisión dé lugar”.

⁸⁷³ El origen de la constancia de estas limitaciones es ya muy antiguo. Fue el Congreso Internacional de Derecho Registral de 1984 el que abordó ya en su primera comisión el problema de la constancia de las limitaciones de Derecho público en el Registro. Cfr. *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid 1985.

⁸⁷⁴ El Art. 51.2 de la Ley del Suelo dispone que “en todo caso, en la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2. La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de esta anotación preventiva dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.” Es decir: aunque la legalidad urbanística surte efectos frente a terceros *ex lege*, sin necesidad del Registro, se articula una publicidad registral. La misma es mera publicidad noticia, pero se establece en beneficio de la seguridad de los adquirentes, hasta el punto de que si faltase la misma, se hace a la Administración responsable de los daños que se hayan podido causar a los terceros adquirentes por la falta de la publicidad.

La Exposición de Motivos del Real Decreto 8/2011 del que procede la redacción de dicho párrafo en la Ley del Suelo, dice que “se hace especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional. Entre ellas, la anulación de licencias previamente concedidas, con la consecuencia última de la demolición,

precedentes, podría llevarnos a admitir y postular la constancia registral de los instrumentos de autorregulación relativos al uso y disfrute de los bienes inmuebles, pues el fundamento de la publicidad de los mismos es el mismo que podría servir de base a la publicidad registral de los CDC: reducir las asimetrías informativas en un contexto de contratación impersonal.

Ahora bien, hay que tener presentes los límites que establece la legislación vigente: si consideramos el Art. 2 de la Ley Hipotecaria y la doctrina del *numerus apertus* contenida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sólo cabe admitir la constatación registral de derechos reales y situaciones con trascendencia real⁸⁷⁵. Fuera de la regla general, toda

que terminan afectando a terceros adquirentes de buena fe que se ven desprotegidos a causa de actuaciones en las que no han sido parte, y que no siempre han estado exentas en su origen de supuestos de corrupción. Entre estas medidas, se encuentra la incorporación al Registro de la Propiedad de la información que permitirá a los adquirentes de inmuebles conocer por anticipado la posible situación litigiosa en la que éstos se encuentran, incluyendo los expedientes que puedan suponer la imposición de multas o la futura demolición. En la actualidad, el acceso de dicha información absolutamente relevante para los potenciales inversores, es sólo potestativa de los Ayuntamientos, de tal manera que se establece la obligatoriedad de proporcionársela al Registrador imponiendo a los Ayuntamientos que la incumplan los perjuicios económicos que pudieran causarse a los adquirentes de buena fe”.

Por tanto, con la intención de proteger a los terceros inversores en inmuebles, se impone la publicidad noticia y se reconoce el derecho a una indemnización para los perjudicados por la falta de la misma. Las medidas de reestablecimiento de la legalidad surten efecto por ley, no por el Registro. Pero se reconoce la importancia del mismo a la hora de proporcionar una información más completa.

Con la misma ratio, cabría defender la necesidad de que los CDC que afectan a las fincas por ley se reflejasen en el Registro para ofrecer una información más completa sobre los derechos inscritos que son objeto de potenciales contratos.

⁸⁷⁵ La DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre esta materia, admitiendo la vigencia en nuestro ordenamiento del sistema de *numerus apertus*. Así lo ha invocado en numerosas resoluciones para admitir la inscribibilidad de figuras como la multipropiedad (reconocida en resolución de 4 de marzo de 1993, anterior por tanto a la Ley de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles por la Ley de 15 de diciembre de 1998, que hoy ha sido sustituida por el Real Decreto Ley 8/2012 de 16 de marzo); el tanteo convencional (resolución de 20 de septiembre de 1966); el leasing inmobiliario (del que admite su inscribibilidad e hipotecabilidad como un derecho real autónomo, y no como una mera yuxtaposición de arrendamiento y opción de compra); o modalidades atípicas de servidumbre (p.e, derecho a instalar carteles en terraza ajena).

Ahora bien, pese a tal admisión del sistema de *numerus apertus*, la DGRN reconoce que la creación de derechos reales atípicos debe considerarse siempre excepcional, sometida a estrictos

excepción requerirá norma expresa (y toda forma de publicidad por norma expresa, será en realidad una excepción). De otro modo: a falta de una norma que permita hacer constar circunstancias sin trascendencia real en el Registro de la Propiedad, éstas no son inscribibles ni anotables. Por trascendencia real suele entenderse que nos encontremos ante una norma que determina el contenido del derecho que se va a inscribir⁸⁷⁶.

No obstante la falta de normativa expresa al respecto, debemos señalar la conveniencia de la constatación registral de un CDC el caso de los Códigos relativos a la utilización de bienes inmuebles, por el fundamento común a las otras excepciones indicadas. Pensemos por ejemplo en reglas relativas al uso de instalaciones deportivas, parques, jardines u otro tipo de casos similares. La constancia registral facilitaría el conocimiento de las mismas y el efecto que estas puedan tener (si fuere coactivo⁸⁷⁷, coactivo, sino directivo⁸⁷⁸).

límites y requisitos, entre los que podemos destacar:

-Que exista causa justificada para la creación de un derecho real atípico, lo que implica que el fin perseguido por el mismo no pueda alcanzarse adaptándose al molde de un derecho real típico, ni se vea suficientemente protegido mediante un derecho personal.

-Que deben evitarse vinculaciones perpetuas de los bienes, lo que conlleva necesaria fijación de plazos de duración y ejercicio.

-Que se cumplan con las exigencias del principio registral de determinación, perfilando con claridad todos los aspectos sobre contenido y ejercicio del derecho.

-Que no se trate de garantías reales, pues las normas sobre concurrencia y prelación de créditos y ejecución de garantías reales son imperativas (no obstante lo cual la propia DGRN invocó en resolución de 8 de junio de 2011 la teoría del *numerus apertus* para justificar la admisibilidad de la controvertida hipoteca en mano común).

⁸⁷⁶ El concepto es importante incluso para las anotaciones preventivas que reflejan situaciones procesales, y no solo para inscribir derechos. En efecto, en las demandas, sólo cabe la anotación de las que tengan su origen en el ejercicio de una acción real, y ello por su trascendencia. De ahí que la doctrina esyable de la DGRN sea que “solo puede recaer anotación de demanda sobre aquellos bienes respecto de los cuales verse una acción atinente a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propiciara directamente una alteración registral” (R. 11 de Agosto de 2011y 2 de julio de 2013).

Además, en tanto se trata de normas relativas a bienes inscritos, hay que entender que las mismas serán más efectivas (aún cuando no hiciésemos depender su eficacia de la inscripción⁸⁷⁹) mediante su publicación en el Registro de la Propiedad. Dicho valor normativo, control de legalidad y publicidad, no plantean problemas en el caso de CDCs relativos a bienes inmuebles de titularidad pública o contenidos en Leyes y Reglamentos pues la eficacia de los mismos se logrará por la fuerza⁸⁸⁰ de la ley correspondiente⁸⁸¹. Sin embargo, junto a los códigos que regulen conductas en relación a bienes públicos⁸⁸², hemos de considerar los relativos a bienes privados, que es donde puede y debe entrar propiamente en juego fenómeno autorregulatorio. En estos casos no existe en la actualidad apenas previsión legal alguna. El principal supuesto al que podemos hacer referencia, será el indicado más arriba de la inscripción de

⁸⁷⁷ Si fuese coactivo, la registrabilidad habría que promoverla sin duda alguna, pues aunque no afecte al contenido del derecho, si que afecta a las condiciones en que este se disfruta, y si ausencia convierte en una cuasi carga oculta la regla.

⁸⁷⁸ Si fuese directivo importaría menos, pero sin duda sería una información interesante.

⁸⁷⁹ Siguiendo pues la estela de las normas que obligan a reflejar en el Registro datos que son mera publicidad noticia.

⁸⁸⁰ Otra cosa es que no se contemplen infracciones y sanciones, lo cual nos coloca en el campo de la ejemplaridad y del Derecho meramente persuasivo a que se hace referencia en el capítulo 2.

⁸⁸¹ Y con todo, habría que plantearse si el Registro ha de cumplir algún papel en el conocimiento de las leyes. Pues una cosa es que las mismas sean cognoscibles, y otra que los afectados sepan que un bien o derecho registrado está dentro de su ámbito de aplicación. Algo que al Registrador le resulta más fácil que al ciudadano medio. A decir de CABANILLAS SÁNCHEZ, es precisa una «llamada de atención al legislador para que se esfuerce en facilitar tanto el conocimiento como el entendimiento de las leyes, no sólo por los especialistas, sino, sobre todo, por sus destinatarios» (En ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo I, Vol. 1º, p. 674. EDESA, Madrid 1992). Una manera de facilitar será una constancia registral más explícita, aunque ya lo digan las leyes

⁸⁸² Éstos códigos en ocasiones llegan a ser de procedencia privada, como por ejemplo el Código de Conducta relativo a determinadas conductas contaminantes en las playas vinculado a la concesión de la bandera azul, que se puede ver en http://www.adeac.es/sites/default/files/Codigoconducta_Galego_230712.pdf

Pese a lo escueto del cartel, se le califica por la propia fundación promoverte como CDC: <http://www.adeac.es/noticias/informaci%C3%B3n-ambiental-sobre-raee-y-rpa-para-colocar-en-playas-y-puertos>

las reglas o normas de régimen interior de las comunidades de vecinos del art. 6 de la LPH.

3.4.2 Las normas de régimen interior de las comunidades de vecinos

Al respecto de las mismas, hemos de comenzar por señalar que es opinión de un importante sector de la doctrina la imposibilidad de inscribir dichas normas⁸⁸³. Haciendo una interpretación conjunta de los Artículos 5 y 6 LPH y 8 LH se defiende que en tanto las normas de régimen interior no configuran el contenido y alcance de la propiedad vinculada en régimen de horizontalidad, no son ni deben ser inscribibles. La falta de trascendencia real sirve a cierta doctrina para entender que se inscriben los estatutos en tanto determinan el derecho inscrito, pero no las normas de régimen interior que sólo regulan detalles de convivencia.

Sin embargo, esta tesis debe ser revisada (además de por otros motivos⁸⁸⁴) a la luz de los problemas propios del fenómeno autorregulatorio señalados en este trabajo y de la tendencia creciente a consignar en el Registro de la Propiedad pronunciamientos con efecto de mera publicidad noticia pero que

⁸⁸³ Entre otros, ECHEVARRIA SUMMERS entiende que no se inscribirán considerando las diferencias entre los Artículos 5 y 6 de la LPH y que las normas de régimen interior perjudican a tercero sin necesidad de que se inscriban. Vid. ECHEVARRÍA SUMMERS, F. Comentario del Artículo 6 en BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. (Coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Aranzadi. Pamplona 1999. Pag. 142.

⁸⁸⁴ Debe tenerse presente que el contenido de los estatutos no es igual en todos los sistemas civiles. En efecto, en el Derecho Civil de Catalunya, donde “*Las normas de los estatutos son oponibles a terceras personas desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad*” (Art. 553-11.3), pueden ser parte de los estatutos, entre otros aspectos, “*Las limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos*” (553-11. 1.b) y las disposiciones que “*limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos*” (553-11.1.e). Dichas disposiciones es evidente que pueden contener normas sobre la conducta y que en tanto configuran el contenido del derecho, encajan en el ámbito de lo inscribible. La delgada línea que separa los Estatutos de las normas de régimen interior, haría aconsejable dejar de agarrarse a la distinción para justificar la inscripción de unas si y de otras no.

pueden resultar interesantes respecto a los terceros adquirentes de los bienes (así la incoación de expedientes de disciplina urbanística o bien declaraciones sobre el carácter de contaminados de los suelos inscritos), procurando con ello dar mayor seguridad al contratante en un contexto urbano- masificado⁸⁸⁵, impersonal⁸⁸⁶ e internacional⁸⁸⁷ de contratación⁸⁸⁸.

La conveniencia de la inscripción, vendría además sustentada en la necesidad de dar carácter vinculante a los reglamentos de régimen interior. En efecto, los mismas (como en general todo instrumento autorregulatorio) se dictan con la pretensión de que sean observados. En base a este objetivo, distintas teorías han querido fundamentar su obligatoriedad en la existencia de una suerte de subrogación legal⁸⁸⁹ del adquirente en la posición del primer copropietario que se operaría por la adquisición del bien. Y pues como indica FERNÁNDEZ DEL POZO “la utilidad de las NRI (normas de régimen interior)

⁸⁸⁵ Interesantísima a éste respecto es la exposición que hace ARNAIZ de las consecuencias inmobiliarias de la masificación urbana en ARNAIZ EGUREN, R. *Terreno, edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*. Civitas. Registradores de España. Cizur Menor 2010. Pags. 134 a 140.

⁸⁸⁶ Como dice ARRUÑADA “para ampliar el abanico de transacciones y agotar los beneficios que proporciona la ventaja comparativa, las partes han de ser capaces de comerciar sin conocer sus características personales. Ello requiere que el cumplimiento del contrato sea independiente de tales características, un logro que sólo puede alcanzarse si se atribuye a los adquirentes un derecho directo sobre los activos adquiridos”. Cfr. ARRUÑADA, B. “Las instituciones del intercambio impersonal”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 736, Marzo-Abril de 2013, pag. 652.

⁸⁸⁷ La internacionalidad ha sido especialmente tenida en cuenta por la normativa reciente: esa es la inspiración del RD 8/2011, tal y como se puede apreciar en la Exposición de Motivos más arriba citada.

⁸⁸⁸ He mencionado en otro lugar el problema de las reglas de conducta relativas al uso de los inmuebles y su relación con la formación de los contratos. Cfr. VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “La información registral en la formación del contrato”, en AA. VV (PARRA LUCÁN, M.A. Dir) *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur menor, 2014. Págs. 509 a 512.

⁸⁸⁹ Ésta y no otra, sería la explicación de la obligatoriedad a la que se llega teniendo en cuenta las fuentes de las obligaciones. El Art. 6 LPH dispone que “obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración”. El Art. 553-12. 2 del Código Civil de Catalunya que “el reglamento obliga siempre a los propietarios y usuarios de los elementos privativos.”

reclama su oponibilidad”⁸⁹⁰, la mejor manera de lograrla sería mediante su inscripción en el Registro donde conste el bien y al que el tercer adquirente del mismo va a acudir para poder estar seguro de lo que compra y con qué limitaciones. La falta de inscripción sería entonces un verdadero problema, una quiebra de la seguridad. De ahí que FERNÁNDEZ DEL POZO reclame una revisión de la doctrina tradicional, invitando a los hipotecaristas a considerar no tanto el carácter o la trascendencia real⁸⁹¹ de las normas de régimen interior, sino su importancia “a la luz de un tema tan claro a la sensibilidad de los hipotecaristas como es el de las cargas ocultas”. En efecto, si las normas de régimen interior (en tanto autorregulación del uso de inmuebles) van a ser vinculantes, prescindir de una constancia registral que haría más segura su oponibilidad, implicaría una quiebra del sistema de seguridad jurídica relativa a la adquisición de inmuebles existente en nuestro Derecho (Artt. 9 de la Constitución; 1, 2, 3, 8, 9, 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria; 9 de la Ley de Propiedad Horizontal –especialmente el apartado f) del nº 1 en tanto regula el efecto a tercero de las deudas existentes en el pago de las cuotas del régimen de propiedad horizontal-, entre otros), lo cual ha llevado a más autores a defender su inscripción⁸⁹².

⁸⁹⁰ “La publicidad registral...”. *Ob.cit.* Pag.112.

⁸⁹¹ Una trascendencia que no es del todo negable, pues como señala PEÑA las NRI forman parte de las obligaciones inherentes al dominio de este tipo de propiedad, aumentando con ello las obligaciones y cargas que configuran el contenido del derecho (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho hipotecario*. 2 vols. Centro de Estudios Registrales. 3º Ed. Madrid 1999. Tomo II, pag. 529).

⁸⁹² De ahí que ARNAIZ señale que “es perfectamente posible sostener que las normas de régimen interior deben ser inscritas en todo caso, para que no ofrezca duda alguna su eficacia respecto de tercero y la vinculación de toda la comunidad respecto del régimen interno de cada uno de los regímenes de horizontalidad”. *Ob. Cit.* Pag 406. para poder realizar ésta inscripción, ARNAIZ defiende superar la clásica distinción entre normas de régimen interior y estatutos.

Todo ello debe ser argumento bastante para postular la inscripción de las normas de régimen interior, y de modo más general de cualesquiera instrumentos de autorregulación del uso de la propiedad inmueble⁸⁹³. Ello contribuiría a la seguridad en el sentido señalado y sobre todo crearía las condiciones para favorecer el uso de la autorregulación en todos aquellos aspectos relativos al uso de los inmuebles en los que ésta pueda resultar útil (así compromisos no exigibles legalmente en orden a la supresión de barreras arquitectónicas, preservación del medio ambiente o patrimonio etc...) ⁸⁹⁴.

3.4.3 Los códigos de conducta relativos al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.

Por otra parte, podemos analizar la autorregulación en relación con la figura del aprovechamiento por turno de inmuebles. Como es sabido, el origen de la figura lo encontramos en el Rosellón francés en los años sesenta: las crecientes aspiraciones de la población de poder disfrutar un apartamento al menos un tiempo al año, llevaron a que la demanda propiciase la constitución de comunidades de aprovechamiento en las que cada cuota daba derecho a la asignación de una porción determinada de tiempo en el uso del bien (al igual que se usaba la misma técnica con el espacio, asignando a cada cuota el uso exclusivo de una porción del espacio⁸⁹⁵). La situación recibió el nombre de multipropiedad. Dicha comunidades, superando la confianza personal característica de las comunidades tradicionales, en las que la confianza y la

⁸⁹³ En buena medida, susceptibles de ser incluidos en los Estatutos.

⁸⁹⁴ Es decir, en los casos de Códigos de Conducta “meramente” reputacionales.

⁸⁹⁵ Supuesto recogido en el artículo 68 del RH.

existencia de un vínculo familiar o espiritual subyacente solía ejercer de fundamento sociológico del vínculo jurídico, se constituían entre desconocidos. La figura se fue expandiendo y sólo causó alarma en el legislador el hecho de que se producían abusos y engaños. Ello llevó a que, en los años noventa, y ante el abuso y los fraudes que se habían producido de la figura en algunos países europeos se dictase la Directiva comunitaria 94/47 cuya transposición al Derecho español se produjo por la Ley citada de aprovechamiento por turnos de 15 de diciembre de 1998. Una ley que decidió limitar la constitución de comunidades y optar por configurar un nuevo derecho real de goce: el derecho de aprovechamiento por turno⁸⁹⁶. Aunque es cierto que subsiste la titularidad residual del promotor⁸⁹⁷, lo cierto es que, aun organizado todo por el promotor, se produce una concurrencia de derechos reales sobre un mismo objeto que se organiza mediante la fijación de turnos, dando lugar a una situación similar a la propiedad horizontal⁸⁹⁸. Con posterioridad a dicha Ley, que de alguna forma hace desaparecer lo que hasta entonces había sido estricto sensu la multipropiedad, la misma ha reaparecido en el Derecho catalán a través de la Ley 5/2006, de 10 de Mayo por la que se aprueba el Libro V del Código civil de Catalunya: los Artt. 554-1 a 12 regulan la llamada “comunidad especial por

⁸⁹⁶ MUNAR BERNAT, P. “El aprovechamiento por turnos de bienes inmobiliarios turísticos”. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 30, 1999, págs. 45-52. y *La regulación española de la "multipropiedad": la Ley de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias : (Ley 42/1998, de 15 de diciembre)*. Editorial Aranzadi, 1999.

⁸⁹⁷ De modo que propiamente no hay multipropiedad, sino una sola propiedad y un conjunto de derechos reales de goce sobre dicho bien, cuya concurrencia se ordena mediante la asignación de intervalos de tiempo.

⁸⁹⁸ Cfr. CARRERAS MARAÑA, J.M. “El Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y el régimen de propiedad horizontal: Criterios de vinculación. Aproximación inicial al RDL 8/2012, de 16 de marzo”. *Propiedad horizontal: cuaderno jurídico*, Nº. 314, 2012, págs. 11-16.

turnos”⁸⁹⁹. Una comunidad que no se configura a través de la desmembración de facultades en promotor/turnistas, creando un nuevo derecho real, sino que reconoce como plenos propietarios a todos los interesados y es incluso aplicable a los bienes muebles. La regulación incide únicamente en aspectos reales, de modo que todo lo contractual (con los derechos del consumidor introducidos por la Directiva y la Ley central) hay que entender que se mantiene en los términos existentes. La doctrina oscila entre quienes piensan, con base en la exposición de motivos⁹⁰⁰, que la Ley catalana no se aplica a los productos vacacionales, regidos por la Ley central española⁹⁰¹; y quienes consideran que siempre que se respeten los elementos contractuales conforme a la Directiva y a la Ley central, cabe acogerse con un apartamento turístico a este régimen, en tanto la ley catalana solo regula aspectos reales y se respeten los contractuales de régimen común⁹⁰².

Con posterioridad, se ha dictado la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de

⁸⁹⁹ Para un tratamiento sistemático de la misma, vid. GIMÉNEZ COSTA, A. “Los sistemas de aprovechamiento por turnos”. En NASARRE AZNAR, S. (coord.). *Bienes en común*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015. Págs. 573 a 633. En especial págs. 603 a 633.

⁹⁰⁰ Que al referirse a esta materia dispone que “El capítulo IV contiene una regulación de la comunidad especial por turnos, que es diferente de la regulación de los turnos de apartamentos para vacaciones que rige la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, y que es compatible con la misma, porque este capítulo se limita a bienes unitarios y excluye de forma expresa la aplicación a los supuestos a que se refiere la normativa europea”.

⁹⁰¹ GONZÁLEZ BOU, E.: “La comunitat especial per torns”. *La Notaria*, num. 41. 2007. Pág. 81; DEL POZO CARRASCOSA, P.- VAQUER ALOY, A.- BOSCH CAPDEVILA, E. “El aprovechamiento por turnos”. *Derecho civil de Cataluña, Derechos reales*, 3ªEd. Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2010., Pág. 277.

⁹⁰² GETE- ALONSO CALERA, M.C. “Panorámica general de la configuración de la comunidad especial por turnos en el Código civil de Cataluña (arts. 554-1 a 554-12)”, en GARRIDO MELERO, M. (coord.). *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*. Bosch, Barcelona 2008. Pág. 168.

adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, que ha propiciado la Ley española 4/2012 de 6 de Julio⁹⁰³. En dicha Directiva se concede a los códigos de conducta⁹⁰⁴ un papel⁹⁰⁵ que no tenían en su antecesora y se insta a los Estados a “*animar*⁹⁰⁶ a los comerciantes y a los responsables de los códigos a que informen a los consumidores sobre sus códigos de conducta en esta materia” (Considerando, 22).

La legislación sobre la materia ha querido dar a la protección del consumidor una enorme importancia en éste ámbito⁹⁰⁷, con unos estrictos deberes de información, y la existencia de normas estatutarias (que se disponen por el promotor ex ante) y códigos de conducta. Así, el art. 26.5º contempla la existencia de normas estatutarias y el Art. 19 de la Ley, en línea con la Directiva, contempla la existencia de códigos de conducta en la materia, y establece la necesidad de informar sobre los mismos.

Considerada la figura y la importancia de los CDC respecto de la misma, debemos pasar a estudiar su régimen registral:

⁹⁰³ Al respecto, ver GARCIA MAS, F.J. “Aprovechamiento por turno: evolución normativa y novedades de la ley 4/2012. Especial referencia a la práctica notarial y registral”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, N.º. 3, 2012, págs. 111-123; GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “El nuevo régimen del aprovechamiento por turno”. En *Revista CESCO de Derecho de consumo*. N.º 3/2012. Págs. 1-32.

⁹⁰⁴ Manteniendo el concepto expuesto al comienzo de este trabajo, el Art. «código de conducta»: un acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos.

⁹⁰⁵ Se cuenta con que sin algo de autorregulación no se lograrán los objetivos de la norma.

⁹⁰⁶ La utilización del verbo animar en una norma jurídica bien podría ser vista como la quiebra definitiva de la teoría pura del Derecho y la asunción de que la persuasión y la fuerza directiva tienen un papel que desempeñar con o sin sanción, lo cual confirma la explicación que hemos procurado en la parte filosófica de la primera parte.

⁹⁰⁷ Se responde con ello al problema de la impersonalidad en la contratación que caracteriza a estas nuevas formas de comunidad.

El régimen de turno al que en su caso queda sometido un determinado inmueble (dividiéndose por unidades temporales su aprovechamiento) es objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. El Artículo 27 de la Ley 4/2012, de 6 de Julio bajo la rúbrica “Inscripción del régimen y su modificación” dispone que

“1. Presentada la escritura reguladora para su inscripción en el Registro de la Propiedad, el registrador suspenderá la inscripción de aquellos apartados o artículos de los estatutos que impongan a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno alguna obligación o limitación contraria a lo establecido en este Título.

Si al inscribir el régimen en el Registro de la Propiedad mediante la escritura reguladora no constaren como fincas registrales independientes los distintos alojamientos destinados a aprovechamientos por turno, el registrador les abrirá folio, aunque en la escritura reguladora no se haga división horizontal del inmueble. Al hacerlo, deberá expresar, en cada uno de ellos, los turnos y las demás circunstancias a que se refiere el apartado 1.3.^a del artículo anterior.

Al inscribir la primera adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno podrá asimismo inscribirse, si así se hubiera pactado en la escritura o en el contrato elevado a público, la subrogación en la parte proporcional del crédito hipotecario que pese sobre la totalidad del inmueble sin necesidad del consentimiento del acreedor hipotecario si, al constituirse la hipoteca, se pactó un sistema objetivo de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todos los derechos de aprovechamiento por turno resultantes de la constitución del régimen.

2. Una vez inscrita la escritura reguladora, y antes de restituir el título al presentante, el registrador archivará copia de los contratos incorporados a la misma, haciéndolo constar en la inscripción del régimen y en toda la publicidad que dé, tanto del inmueble, como de los derechos de aprovechamiento por turno, debiendo acompañar copia de tales contratos a las certificaciones que expida relativas al inmueble sobre el que se ha constituido el régimen, cuando así se le hubiera pedido expresamente en la solicitud de certificación.

3. Si después de constituido el régimen se aportaran para su archivo en el Registro un nuevo contrato con una empresa de servicios, en el caso de que el propietario no quiera seguir haciéndose cargo de los mismos o por haberse extinguido el contrato o en caso de resolución, o un acta de manifestaciones en la que el propietario se haga cargo directamente de los servicios o cuando se aporte la información precontractual a que se refiere el artículo 9, el registrador archivará copia y hará constar el hecho por nota al margen de la inscripción del régimen con referencia al legajo donde hayan sido archivados. El registrador suspenderá el archivo si en el acta el propietario o, en el nuevo contrato, la empresa de servicios no hacen asunción expresa de las condiciones del anterior, si el contrato se hubiera celebrado antes de la constitución del

régimen o si la documentación precontractual no contuviera las menciones exigidas en el artículo 9. También suspenderá el registrador el archivo de aquellos contratos que no tengan las firmas legitimadas notarialmente.

Cualquier modificación que se realice en los contratos y documentos anteriores, siempre que esté permitida por este título, no será válida mientras no se haga constar en el Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior.

4. El régimen sólo podrá ser modificado por el propietario registral, con el consentimiento de la empresa de servicios y de la comunidad de titulares, conforme a lo establecido en el artículo 33.4, debiendo constar tal modificación en escritura pública y ser inscrita en el Registro de la Propiedad, en los términos señalados en el artículo 25.3.”

La escritura que sirve de título a la inscripción (Art. 3 LH) y a la que se remite el precepto, se regula en el Artículo 26, que bajo la rúbrica Escritura reguladora dispone que

“1. La escritura pública reguladora del régimen de aprovechamiento por turno deberá expresar, al menos, las siguientes circunstancias:

1.ª La descripción de la finca sobre la que se constituye el régimen de aprovechamiento por turno y del edificio o edificios que en ella existan, con reseña de los servicios comunes a que tengan derecho los titulares de los aprovechamientos. Si la construcción está únicamente comenzada, se indicará la fecha límite para la terminación de la misma.

2.ª La descripción de cada uno de los alojamientos que integren cada edificación, a los que se dará una numeración correlativa con referencia a la finca. Si el inmueble se ha de destinar a explotación turística, al tiempo que se constituye sobre él un régimen de aprovechamiento por turno, se determinará cuáles de los alojamientos son susceptibles de ser gravados con derechos de aprovechamiento por turno y para qué períodos al año.

3.ª En cada alojamiento destinado a aprovechamiento por turnos se expresará el número de éstos, su duración, indicando el día y la hora inicial y final, la cuota que corresponda a cada turno con relación al alojamiento, si está previamente constituida la división horizontal, o con relación al total del inmueble, si no lo está, el mobiliario que tenga destinado, así como su valor, y los días del año no configurados como turnos de aprovechamiento por estar reservados, en ese alojamiento, a reparaciones y mantenimiento. A cada aprovechamiento se le dará también un número correlativo respecto a cada alojamiento.

4.ª Referencia a los servicios que se han de prestar y que son inherentes a los derechos de aprovechamiento por turno, expresando que éstos se asumen directamente por el propietario o por una empresa de servicios.

5.ª Los estatutos a los que se somete el régimen de aprovechamiento por turnos, si se hubiesen establecido. De los mismos no podrá resultar para los

titulares de los derechos ninguna obligación o limitación contraria a lo establecido en el presente Título.

6.ª La situación registral, catastral, urbanística y, en su caso, turística del inmueble. Se acompañará la certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble, así como el plano de distribución de los distintos alojamientos en la respectiva planta.

7.ª La retribución de los servicios y, en su caso, los gastos de comunidad.

8.ª Duración del régimen.

2. Además deberán incorporarse a la escritura, originales o por testimonio notarial, el contrato celebrado con la empresa de servicios y los contratos de seguro a que se refiere el artículo 28. Deberá acompañarse una copia autenticada de éstos para su archivo en el Registro de la Propiedad.

En el caso de que el inmueble se encuentre en construcción, deberá incorporarse documento acreditativo de haberse constituido el aval o el seguro de caución a los que se refiere el artículo 25.2.

La persona o personas físicas que otorguen la escritura serán responsables de la realidad de los contratos incorporados.

3. En el caso de que el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción, la terminación de la obra deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad en el plazo de tres meses, a contar desde su conclusión. Para realizar tal constancia, será necesario aportar las licencias a las que se refiere el artículo 25.1, letra b), y que no se aportaron en el momento de inscribir la obra nueva en construcción.

El propietario o promotor, una vez inscrita la terminación de la obra, deberá notificar el hecho a quienes adquirieron derechos de aprovechamiento por turno sobre el inmueble en cuestión mientras este último se encontraba en construcción.”

Por tanto, dos datos interesa retener en éste momento:

1º Que la regulación de un inmueble por el sistema de aprovechamiento se debe inscribir en el Registro;

2º Que dicho régimen se documenta en Escritura a la que se une como documento complementario el contrato de servicios suscrito para el mantenimiento del inmueble. En la Escritura se pueden hacer constar también los Estatutos (Art. 26. 1. 5º) y en todo caso contiene los compromisos relativos a los inmuebles y los servicios de que van a gozar los mismos (Art. 26. 1. 3º y 4º).

Por otra parte, el Artículo 19, se refiere a los “Códigos de conducta” y dispone que

“1. En los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, los empresarios informarán a los consumidores con los que contraten, de los códigos de conducta que hubieran suscrito para facilitar el ejercicio de sus derechos.

2. Las asociaciones profesionales de empresarios instarán a sus asociados a promover códigos de conducta e informarán de los mismos a los consumidores que lo soliciten.”

Si leemos el Art. 19 en el contexto de los otros dos preceptos, y desde la óptica del presente trabajo, habría que destacar:

1º Que las condiciones de los bienes sobre los que recae el turno, de los servicios, y los Estatutos del inmueble en régimen de aprovechamiento se insertan en la Escritura y se hacen constar en la inscripción (Art 27, 26.1. 3º, 4º y 5º).

2º El contrato de servicios y sus modificaciones son objeto de inscripción, hasta el punto de supeditarse la eficacia de la modificación a que se haya hecho constar en el Registro la misma (Art. 27.3).

3º Sin embargo, aun cuando la ley cuenta con los Registros jurídicos para desempeñar un papel en la protección del tercero a la hora de ofrecerle seguridad sobre el contenido del derecho que va a adquirir, no extiende ni la publicidad ni la protección derivada de la misma a códigos auto- reguladores de la conducta contractual de la empresa prestadora de los servicios. Ello es lógico en la medida en que el Registro no tiene por objeto dicha información, sino que el mismo se refiere a los derechos reales (Art. 2 LH). Sin embargo, ésta expulsión del Registro de los códigos de conducta, choca con la inclusión del

contrato de servicios, que sí que se archiva porque se entiende que es una información valiosa para el conocimiento del derecho que en su caso vaya a adquirir el tercero (Art. 26. 2). Y es que habría que plantear hasta que punto el código de conducta, al igual que el contrato de servicios, contiene disposiciones que, por afectar a un derecho que se inscriba, resulten interesantes para el adquirente.

Esta exclusión de la publicidad registral, y del papel que la calificación registral debe cumplir a la hora de controlar la legalidad de éstos contratos (Art. 27.1), hace pensar que, aunque se concede a la autorregulación un papel, es evidente que no es un papel jurídico vinculante (**en sentido coactivo**). No se contempla que el código vaya a formar parte del contenido del contrato, aunque se considera que puede ser valioso a la hora de fijar las pautas de conducta contractual de las empresas del sector (**y por eso se obliga darlo a conocer**).

Aun sin llegar a darle la misma publicidad que al contrato, se podría haber exigido que se mencionase la existencia de CDCs y el lugar donde se puede disponer de los mismos en términos similares a lo que contempla el Art. 30 y 31 de la Ley⁹⁰⁸, que dispone que en los contratos de venta de

⁹⁰⁸ Artículo 30 Forma y contenido mínimo del contrato. “1. Además de lo previsto en el artículo 11, en el contrato celebrado por toda persona física o jurídica en el marco de su actividad profesional y relativo a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles se expresarán, al menos, los siguientes extremos:

1.º Los datos de la escritura reguladora del régimen, con indicación del día del otorgamiento, del notario autorizante y del número de su protocolo, y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.º Referencia expresa a la naturaleza real o personal del derecho transmitido, haciendo constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con las disposiciones del presente Título.

3.º Identificación del bien inmueble mediante su referencia catastral, descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia

expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina.

4.º Expresión de que la obra está concluida o se encuentra en construcción. En este último caso, habrá de indicarse:

a) Fase en que se encuentra la construcción.

b) Plazo límite para la terminación del inmueble.

c) Referencia a la licencia de obra e indicación y domicilio del Ayuntamiento que la ha expedido.

d) Fase en que se encuentran los servicios comunes que permitan la utilización del inmueble.

e) Domicilio indicado por el adquirente donde habrá de notificársele la inscripción de la terminación de la obra y la fecha a partir de la cual se computará la duración del régimen.

f) Una memoria de las calidades del alojamiento objeto del contrato.

g) Relación detallada del mobiliario y ajuar con que contará el alojamiento, así como el valor que se le ha atribuido a efectos del aval o del seguro a los que se refiere el artículo 25.2.

h) Referencia expresa a dicho aval o seguro, con indicación de la entidad donde se ha constituido o con quien se ha contratado y que el mismo podrá ser ejecutado o reclamado por el adquirente en el caso de que la obra no esté concluida en la fecha límite establecida al efecto o si no se incorpora al alojamiento el mobiliario establecido.

5.º El precio que deberá pagar el adquirente y la cantidad que conforme a la escritura reguladora deba satisfacer anualmente, una vez adquirido el derecho, a la empresa de servicios o al propietario que se hubiera hecho cargo de éstos en la escritura reguladora, con expresión de que se actualizará con arreglo al Índice de Precios de Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística, salvo que las partes hayan establecido otra forma de actualización, que no podrá quedar al arbitrio de una de ellas, indicando, a título orientativo, cuál ha sido la media de dicho índice en los últimos cinco años. También se hará expresión del importe de los impuestos que, conforme a lo establecido en la presente Ley, lleva aparejada la adquisición, así como una indicación somera de los honorarios notariales y registrales para el caso de que el contrato se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.

6.º Servicios e instalaciones comunes que el adquirente tiene derecho a disfrutar y, en su caso, las condiciones para ese disfrute.

7.º Si existe o no la posibilidad de participar en servicios de intercambio de períodos de aprovechamiento. Cuando exista esta posibilidad, se expresarán los eventuales costes.

8.º Expresión del nombre o razón social, con los datos de la inscripción en el Registro Mercantil en el caso de que se trate de sociedades, y el domicilio:

a) Del propietario o promotor.

b) Del transmitente, con indicación precisa de su relación jurídica con el propietario o promotor en el momento de la celebración del contrato.

c) Del adquirente.

d) De la empresa de servicios.

e) Del tercero que se hubiera hecho cargo del intercambio, en su caso. Este tercero, si es una persona jurídica, deberá tener sucursal abierta e inscrita en España.

9.º Duración del régimen, con referencia a la escritura reguladora y a la fecha de la inscripción de ésta. Si el inmueble está en construcción, con referencia a la fecha límite en que habrá de inscribirse el acta de terminación de la obra.

10. Expresión del derecho que asiste al adquirente a:

a) Comprobar la titularidad y cargas del inmueble, solicitando la información del registrador competente, cuyo domicilio y número de fax constará expresamente.

b) Exigir el otorgamiento de escritura pública.

c) Inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.

11. El domicilio o dirección electrónica designado expresamente por las partes contratantes para la práctica de toda clase de requerimientos y notificaciones. Cada una de las partes podrá, con posterioridad al contrato, modificar dicho domicilio o dirección electrónica, siempre que lo comunique a la otra por medio que acredite su recepción.

12. Lugar y firma del contrato.

13. Si existe la posibilidad de participar en un sistema organizado de cesión a terceros del derecho objeto del contrato. Cuando exista esta posibilidad, se expresarán los eventuales costes, al menos aproximados, que dicho sistema supondrá para el adquirente

2. El inventario y, en su caso, las condiciones generales no incluidas en el contrato, así como las cláusulas estatutarias inscritas, figurarán como anexo inseparable suscrito por las partes.

3. El contrato y la información precontractual previstos en este título se redactarán en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente o del que este sea nacional, a su elección, siempre que se trate de una lengua oficial de la Unión Europea. Si el adquirente es residente en España o el empresario ejerce aquí sus actividades, el contrato deberá redactarse además en castellano y, en su caso, a petición de cualquiera de las partes, podrá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas españolas oficiales en el lugar de celebración del contrato. Asimismo, el transmitente deberá entregar al adquirente la traducción jurada del contrato a la lengua o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de la Unión Europea en que esté situado el inmueble, siempre que sea una de las lenguas oficiales de la Unión.

Los adquirentes extranjeros que no sean nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea ni residentes en los mismos podrán exigir que el contrato y los demás documentos se les entreguen traducidos a la lengua de un Estado miembro de la Unión Europea que ellos elijan.

Los propietarios, promotores o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno deberán conservar, a disposición de las organizaciones de consumidores y, en su caso, de las autoridades turísticas, las traducciones de los documentos que deben entregar a cualquier adquirente y de las cláusulas que tengan la consideración de condiciones generales.

Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar, en caso de existir alguna divergencia entre las distintas versiones, se aplicará la más favorable al adquirente.

4. En su caso, junto con el contrato se entregará al adquirente el certificado de eficiencia energética del edificio o de la parte adquirida, según corresponda.”

aprovechamientos se deba contener una información muy exhaustiva, y sanciona con la denegación de escritura e inscripción el que los mismos sean en su caso incompletos (Art. 30.3) al decir que

“El notario no autorizará la escritura, ni el registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas por el artículo 30”.

4º Por otro lado, hemos de valorar que el Art. 26.1.5º menciona entre los aspectos que configuran el contenido de la Escritura a los estatutos reguladores del régimen de aprovechamiento. ¿Qué pasaría en el caso de en dichos estatutos se contuviesen disposiciones reguladoras de la conducta en relación con el inmueble?, ¿serían las mismas inscribibles?, ¿serían en consecuencia controlables por la calificación registral? Es evidente que si. Y en la medida en que el Art. 26.1. 5º está admitiendo un ámbito extenso del contenido de los

Artículo 31 Formalización notarial y publicidad registral del contrato “1. *La adquisición y transmisión de derechos de aprovechamiento por turno podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre que el contrato se haya celebrado o formalizado mediante escritura pública y el registrador abra folio al turno cuyo derecho de aprovechamiento sea objeto de transmisión, quedando siempre a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.*

Al inscribir la primera transmisión de un derecho de aprovechamiento por turno, el registrador hará constar, mediante nota marginal, que el mismo queda gravado con carácter real para responder de las dos últimas cuotas, a contar desde el momento de la reclamación por vía judicial o notarial, por todo el tiempo de vida del régimen. Para hacer efectiva la garantía, el prestador de los servicios podrá recurrir a cualquiera de los procedimientos ejecutivos que la Ley 46/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal permite utilizar a la comunidad de propietarios para reclamar las cuotas por gastos comunes y al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

2. Si el contrato se celebra ante Notario, éste advertirá del derecho de desistimiento que el artículo 12 establece en favor del adquirente, que podrá hacerse por acta notarial, y de los demás derechos que le reconoce la presente Ley.

3. El notario no autorizará la escritura, ni el registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas por el artículo 30.”

mismos⁹⁰⁹, las posibilidades de incluir normas de conducta serían evidentemente más amplias.

En relación al control de legalidad que para éstos casos puede caber, hemos de señalar que el segundo inciso del precepto determina que *“de los mismos no podrá resultar para los titulares de los derechos ninguna obligación o limitación contraria a lo establecido en el presente Título”*.

Dicha afirmación es conveniente en tanto el precepto forma parte de una ley que pretende garantizar unos derechos mínimos, y que dichos derechos se consideran irrenunciables. Junto a dicha afirmación, hemos de considerar el resto del ordenamiento, y considerando el mismo hemos de recordar que no puede imponerse ninguna otra obligación contraria a ley imperativa. El control de legalidad que se ejerza sobre dichos estatutos será pues importante, y permitirá luego unos efectos frente a terceros mucho más reforzados dada la patente de legalidad que proporciona la inscripción previo control⁹¹⁰.

3.4.4 Efectos.

En cuanto a los efectos que la inscripción en el Registro de la Propiedad de los CDC relativos a inmuebles podría generar, hemos de señalar por una parte los derivados de la publicidad noticia y por otra los de la publicidad efecto.

⁹⁰⁹ No limitado a un contenido fijo, como si ocurre con el Art. 5 LPH, que fija unos márgenes sobre el contenido de los Estatutos.

⁹¹⁰ Como se ha visto al comienzo del presente capítulo y en el anterior, y como puede observarse en los diferentes tratados al explicar la calificación registral.

Si se trata de determinaciones cuya oponibilidad a tercero no dependa de la inscripción (mera noticia⁹¹¹), la constancia registral permitirá obtener un conocimiento que en ocasiones puede y debe constituir un valor añadido en la estimación del inmueble y que en todo caso permite obtener certezas generadoras de seguridad sobre la situación del mismo⁹¹². **Pensemos por ejemplo en un compromiso público de las comunidades de vecinos en cierto cuidado del medio ambiente, que tal vez podría tener relación con el derecho de los consumidores, hoy consolidado en el Derecho Europeo, a la información sobre el consumo energético de un edificio⁹¹³.**

Si por el contrario la eficacia frente a terceros se hace depender de la inscripción (siguiendo por ejemplo la regla aplicable a los Estatutos de las

⁹¹¹ Como ocurre en los casos de cargas que resultan de la Ley como los retractos legales (tales como el retracto gentilicio, el derecho aragonés de abolorio,...), las prohibiciones de disponer impuestas por la Ley, las limitaciones derivadas del carácter de Vivienda de Protección Oficial, el derecho de reversión que para los ascendientes establece el Art. 812 CC, o determinados derechos reconocidos por Derechos civiles de algunos territorios (cfr. Consorcio o fideicomiso foral de Aragón o derechos derivados de la troncalidad foral en Aragón, Navarra y Vizcaya).

⁹¹² De esa importancia y estima por una información más completa, parte la legislación urbanística a partir del RD 8/2011.

⁹¹³ Al respecto téngase en cuenta el RD 235/2013 de 8 de Abril que introduce la obligación de que el vendedor ofrezca al comprador información sobre la eficiencia energética de un edificio. El Real Decreto es fruto de una Directiva 2002/91/UE de 16 de Diciembre de 2002.

Un estudio doctrinal en la materia es el de CORDERO, E. "La certificación energética de los edificios". En *Revista CESCO. Universidad de Castilla la Mancha*, nº 6- 2013. Págs. 244-251. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/certificacion.pdf>

Aspectos prácticos del mismo pueden verse en TENA ARREGUI, R. "El certificado de eficiencia energética". En <http://hayderecho.com/2013/06/26/el-certificado-de-eficiencia-energetica/>. Así como la nota práctica del notariado español <http://notin.es/certificado-energetico-autotextos-y-dudas/>

En otros países de la UE se ha incorporado igualmente la directiva. A título de ejemplo podemos ver la operatividad de la obligación de dar información energética en las notas prácticas del notariado italiano: http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/contratti/020813_Prime_note_Segnalazione_novita_APE.pdf
<http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/esecuzioni-immobiliari/12-11-e.pdf>

comunidades de vecinos, ex. Art. 5 LPH), la constancia registral será aun más conveniente, logrando con ello la consecución de resultados perseguida con la autorregulación⁹¹⁴.

Junto a los efectos relativos a la eficacia, hemos de señalar los relativos al control de legalidad. La regla de legalidad del art. 18 LH determinaría que, en la medida en que un CDC formase parte de un contrato afectando al derecho que se inscriba, dado que debería cumplir la ley en todos sus aspectos (así requisitos de causa, objeto, ausencia de vicios en el consentimiento), se podría llevar a cabo este control de su legalidad.

Si se tratase de un reglamento de régimen interior, habría que verificar la conformidad a la Ley y los Estatutos exigida por el art. 6 de la LPH y el art. 553-12 CCC, pues si postulamos su inscripción, debemos postular el necesario control de legalidad del mismo en términos semejantes a como se controla la legalidad de las cláusulas de los Estatutos (dando lugar a una rica doctrina de la DGRN y el Tribunal Supremo al respecto de la legalidad de ciertas cláusulas⁹¹⁵).

⁹¹⁴ Así, el caso de las reglas de conducta establecidas en Estatutos de comunidades de vecinos, cuya oponibilidad se supedita a su inscripción, conforme a los Artt. 5 LPH y 553-11.3 del Código Civil de Catalunya.

⁹¹⁵ Interesante al respecto de la regulación de la conducta es el caso de la Resolución de 23 de Octubre de 2012, en la que se resolvió sobre la denegación de la inscripción de un acuerdo comunitario por el que se introduce una cláusula estatutaria por la que se priva del uso de la piscina a los propietarios morosos. Como señala VILLAPLANA “Parte la Dirección General de la distinción, dentro de los elementos comunes, entre aquellos que lo son por naturaleza, y que resultan indispensables para que un propietario pueda ejercitar adecuadamente su derecho de propiedad separada (respecto de los cuales la intensidad del derecho de cada propietario ha de ser prácticamente idéntica a la del que se ostenta sobre los propios elementos privativos), y aquellos otros que son comunes por destino, es decir, por expreso deseo del constituyente del régimen o de los copropietarios (y cuyo régimen jurídico será el definido en el título constitutivo o en los estatutos). Por otro lado, se rige la PH en primer lugar por las normas imperativas contenidas en la propia Ley especial, y subsidiariamente por la voluntad negocial contenida en el título constitutivo o en los estatutos, lo que lleva a permitir pactos o modificaciones estatutarias que no afecten a la estructura esencial del régimen de propiedad horizontal y

En cualquier caso, del art. 18 LH en general y del art. 6 LPH resulta un interesante mecanismo de control de la autorregulación. En efecto, si se pretende la eficacia de los CDC y la consecución de ciertos resultados con los mismos, cabría dar cauce a la calificación registral de los códigos de conducta, asegurando con ello su control para el caso de que efectivamente vayan a ponerse en circulación CDCs en un determinado sector. Pensemos, por ejemplo, en una norma de protección del medio ambiente que, con el objetivo de lograr un comportamiento responsable de los usuarios de bienes inmuebles recomiende⁹¹⁶ u obligue a redactar unas normas internas de las comunidades de vecinos en este aspecto. La inscripción facilitará someter a control de un funcionario independiente el cumplimiento de los objetivos perseguidos por la ley al fomentar la autorregulación; la publicación hará más segura la eficacia que dichos CDCs pudieran en su caso perseguir. **En todo caso, hay que recordar (en línea con la explicación dada en la primera parte para los códigos, sobre todo cuando no son coactivamente obligatorios) que la autorregulación es complementaria de la regulación, pretenden suscitar un *continuum* de la misma, juega en el campo de la costumbre *secundum legem*...Por ello, cualquier**

guarden coherencia con el mismo. Si a ello le unimos la posibilidad, admitida jurisprudencialmente, de atribuir el uso exclusivo de ciertos elementos comunes a determinados propietarios, y que incluso el art. 11.2 LPH prevé que los propietarios que no hayan contribuido económicamente a la realización de mejoras o ventajas en las instalaciones comunes no puedan disfrutarlas, ha de concluirse la admisibilidad del acuerdo discutido (del cual destaca la Dirección General el carácter meramente temporal, mientras dure el impago de cuotas, de la privación del uso del elemento común). Máxime cuando con dicho acuerdo no se afecta a la estructura esencial de la propiedad horizontal, sino que se contribuye a ella, pues siendo de esencia que todos los copropietarios contribuyan a los gastos comunes en proporción a su cuota, el impago por uno de ellos perjudica a los demás, que se verían obligados a suplir con su propio patrimonio los impagos del moroso” (VILLAPLANA GARCIA, C. *Fichero registral inmobiliario*. Tirant lo Blanch, Valencia 2014: Tomo II. Pág. 2079).

Otro supuesto destacable es la exoneración a determinado propietario de pagar gastos de comunidad. mientras la STS 18-6-70 declaró inválido el pacto, posteriormente se ha admitido, amparándolo en el principio de autonomía de la voluntad (STS 22-5-2008).

⁹¹⁶ Podría ser un caso de CDC “llamado por una ley”, a modo de derecho persuasivo o *soft law*, como en tantos otros campos.

medida que se imponga en este punto ha de participar del espíritu persuasivo y ejemplarizante propio del *soft-law*. Una onerosidad administrativa excesiva podría causar rechazo y dar al traste con los fines que se pretendan. Por ello tal vez lo más razonable sería favorecer la constancia, logrando que el Registro cumpliera ese papel de patente de calidad sobre lo inscrito, procurando que la información registral no reste sino que sume.

3.5 En el Registro Civil.

Finalmente, aun cuando pueda resultar chocante, dado el objeto principal del mismo (el estado civil), habría que plantearse si cabría algún tipo de publicidad de los CDCs en el Registro del Estado civil.

De entre los hechos inscribibles relativos a las personas contemplados por la ley ninguno es *a priori* un código de conducta ni disposición de ningún tipo relativa a las conductas de las personas. Ni el Art. 1 de la Ley de 8 de Junio de 1957⁹¹⁷ ni el Art. 4 de la Ley 20/2011 de 21 de Julio⁹¹⁸ contemplan

⁹¹⁷ “En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley. Constituyen, por tanto, su objeto: 1.º El nacimiento. 2.º La filiación. 3.º El nombre y apellidos. 4.º La emancipación y habilitación de edad. 5.º Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos. 6.º Las declaraciones de ausencia o fallecimiento. 7.º La nacionalidad y vecindad. 8.º La patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley. 9.º El matrimonio. 10.º La defunción”.

⁹¹⁸ “Hechos y actos inscribibles. Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles:

1. El nacimiento.

propiamente los pactos sobre las conductas de las personas. Sin embargo, entre uno y otro se aprecia una evolución. Así como el primero contemplaba a secas “*el matrimonio*” (al margen de cuya inscripción se indicaba el otorgamiento de capitulaciones), el Artículo de la Ley 20/2011 menciona ya específicamente el “*régimen económico matrimonial legal o pactado*” como hecho inscribible. Ello nos ubica en la problemática de las capitulaciones matrimoniales, el contenido de las mismas y la publicidad que de ellas se da.

3.5.1 Las capitulaciones matrimoniales como CDC.

Aun cuando el derecho de familia se ha considerado una parte del ordenamiento fuertemente caracterizada por la existencia de normas imperativas,

2. *La filiación.*
3. *El nombre y los apellidos y sus cambios.*
4. *El sexo y el cambio de sexo.*
5. *La nacionalidad y la vecindad civil.*
6. *La emancipación y el beneficio de la mayor edad.*
7. *El matrimonio. La separación, nulidad y divorcio.*
8. *El régimen económico matrimonial legal o pactado.*
9. *Las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones.*
10. *La modificación judicial de la capacidad de las personas, así como la que derive de la declaración de concurso de las personas físicas.*
11. *La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones.*
12. *Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.*
13. *La autotutela y los apoderamientos preventivos.*
14. *Las declaraciones de ausencia y fallecimiento.*
15. *La defunción.*

hay ciertos ámbitos del mismo en los cuales se admite la existencia de pactos⁹¹⁹. Entre estos pactos, es evidente que se pueden incluir normas relativas a la conducta de las personas. LACRUZ se ha llegado a referir a las capitulaciones como un “contrato normativo o convención- ley”⁹²⁰ para los cónyuges⁹²¹. Sobre la base de dicha idea, SORO ha analizado las capitulaciones como contrato normativo en el que se da la estructura dual: se fijan unas reglas que pueden normar otros actos posteriores⁹²².

Sería *a priori*, por tanto, viable, que un hipotético CDC de los cónyuges se incluyese en las capitulaciones.

¿Podrían tener algún tipo de publicidad dichas normas?

3.5.2. La publicidad registral de las capitulaciones matrimoniales

Como hemos señalado, entre los hechos afectantes a las personas de los que da publicidad el Registro Civil está el régimen económico matrimonial. Las razones que justifican la necesidad de dar publicidad al régimen económico matrimonial se explican por sí solas, pues no es algo que pueda permanecer en la órbita interna de los cónyuges o de la familia sino que, trascendiendo a ella, repercute en los intereses de terceros, especialmente en la medida en que el

⁹¹⁹ Al respecto de los mismos, sus condiciones y los límites a la autonomía de la voluntad, vid. DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L. “El negocio jurídico del Derecho de familia”. En *Ensayos jurídicos*, Civitas, Cizur menor 2011. Tomo I. Págs. 1127 a 1140.

⁹²⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. *Elementos de Derecho civil. IV Derecho de Familia*. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J. Dykinson, Madrid 2010. Pág. 135.

⁹²¹ BAYOD sostiene la misma idea. Cfr. BAYOD LÓPEZ, C. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza 1997. Pág. 38 y ss.

⁹²² SORO RUSELL, O. *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Reus, Madrid 2014. Pág. 192- 202.

régimen económico determina el ámbito de los poderes dispositivos de los cónyuges sobre los bienes y el de las eventuales responsabilidades contraídas. Por ello los terceros que contratan con ellos tienen legítimo interés en conocer y estar ciertos del régimen a que están sujetos.

Tras la reforma del Código Civil en 1981, en el ámbito civil existen tres tipos de instrumentos de publicidad del régimen económico matrimonial: el registro Civil⁹²³, la expresión que se hace en el Registro de la Propiedad⁹²⁴ del régimen económico matrimonial del adquirente de una finca y la indicación del régimen matrimonial en las escrituras públicas y sus copias⁹²⁵. A éste último instrumento de publicidad se refiere el art. 1332 CC, al decir que

“La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación y el Notario lo hará constar en las copias que expida”;

mientras que los dos primeros aparecen contemplados, de forma conjunta, en el art. 1333 CC:

“En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos

⁹²³ Además, y con independencia de lo dispuesto en el CC, el régimen económico matrimonial puede recibir publicidad a través del Registro Mercantil, al amparo de lo dispuesto en art. 22 CCom y arts. 87 y 92 RRM *“En la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán: Las capitulaciones matrimoniales...”*, añadiendo el Art. 92 RRM que *“cuando se trate de personas casadas, la inscripción primera expresará, además de las circunstancias del art. 90, las siguientes: 1. La identidad del cónyuge 2. La fecha y lugar de celebración del matrimonio, y los datos de su inscripción en el Registro Civil”*, así como *“El régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones matrimoniales otorgadas e inscritas en el RC.”*

⁹²⁴ El Art. 90 RH regula la inscripción de los bienes de los cónyuges cuando su régimen económico matrimonial está sujeto al Derecho civil foral o especial. El Art. 92 RH regula la inscripción de los bienes para los casos en que el régimen económico matrimonial está sometido a la legislación extranjera.

⁹²⁵ En el Registro Mercantil se puede reflejar también a efectos de determinar el régimen de responsabilidad del empresario.

afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria."

La Ley del Registro Civil de 2012, dispone que:

"1. Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones.

2. Se inscribirán las actas por las que se declare la notoriedad del régimen económico matrimonial legal o pactado". (Art. 60)

A diferencia del régimen anterior, se opta por el asiento de inscripción, que se dedica a hechos y actos más relevantes y siempre ha tenido y tiene en todos los Registros una mayor importancia⁹²⁶.

El Art. 39 de la Ley 20/2011 destaca que

"La inscripción es la modalidad de asiento a través de la cual acceden al Registro Civil los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y aquellos otros determinados por esta Ley" (Art. 39).

En el régimen anterior (el de la Ley del 57 con el Reglamento del 58) se extendía una simple indicación. El Art. 266 del RRC disponía que

"Las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal se rigen, a falta de reglas especiales, por las de las inscripciones⁹²⁷.

Sólo se extenderán a petición de interesado.

⁹²⁶ En efecto, indicaba PUIG FERRIOL en relación a la ley de 1957 que "a efectos de la legislación del Registro civil cabe entender por inscripción aquel asiento sustantivo, definitivo y de carácter positivo o modificativo que se extiende en los libros registrales para hacer constar algún hecho relativo a la existencia, estado civil o condición de las personas". PUIG BRUTAU, J.- PUIG FERRIOL, L. *Fundamentos de Derecho civil. Parte General*. Tomo I. Volumen I. Segunda Parte. Bosch. Barcelona 1979. Pág. 617.

⁹²⁷ Esto implicaba la remisión a una serie de notas formales que se contenían en los Art. 133 y ss.

No cabe indicación sobre hecho ya inscrito; la practicada se cancelará de oficio con referencia a la inscripción que tendrá, además del propio, el valor de indicación registral.

En la indicación constará la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso, del nuevo régimen matrimonial, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación.

El título será devuelto al presentante, con nota firmada en la que se consignará el Registro, tomo y folio en que consta la indicación.

En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho⁹²⁸. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

En las capitulaciones se consignará siempre el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio celebrado. Si el matrimonio no se hubiere celebrado aún, los otorgantes están obligados a acreditar, en su caso, esos datos al Notario por medio de certificación del matrimonio o de exhibición del Libro de Familia, y el Notario los consignará por nota al pie o al margen de la escritura matriz; el Notario hará a los otorgantes advertencias de esta obligación”.

Los Notarios expedirán copias de las estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial en los casos permitidos por la legislación notarial y, en particular, a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges”.

De dichos preceptos se desprende que el reflejo es únicamente de la existencia de un régimen matrimonial y no de las demás circunstancias en su caso contenidas en las capitulaciones (cfr. Art. 60.1 de la Ley 20/2011). A diferencia de lo que ocurre con otros títulos, que dan lugar a inscripciones más extensas, aquí las normas destinadas a regir el comportamiento de los cónyuges no se inscriben, sino que sólo se inscribe el régimen en si.

Ahora bien, si comparamos el Art. 266 del Reglamento de la Ley del 57 y el Art. 60.1 de la vigente Ley, es evidente, además del cambio de tipo de

⁹²⁸ Ello implica, por tanto, que la falta de previa inscripción en el Registro Civil, faltaría un dato esencial para la extensión de la inscripción en otros Registros como el de la Propiedad, lo cual sería defecto que impidiese la inscripción (cfr. Artt. 9 y 21 LH y 51. 9 RH).

asiento⁹²⁹, que hoy se refleja el régimen pero se aspira a una publicidad más completa que la que existía en el pasado. Solo a eso puede responder la especificación de que se han de reflejar “*los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo*”, lo cual es evidentemente más que la “*naturaleza del hecho*” y la “*denominación*” a que se refería el régimen anterior.

Lo que parece evidente es que otros pactos normativos que en su caso quepan en las capitulaciones, pero que no estén relacionados con el régimen económico, no deberían inscribirse. La conclusión a la que podemos llegar es que en el régimen de la Ley 20/2011 no cabe publicar las normas de conducta contenidas en las capitulaciones- contrato normativo, en tanto no irán referidas al establecimiento del régimen económico matrimonial.

Lo que si habría que preguntarse es ¿cabría ir a una publicidad más intensa en el futuro? Es evidente que desde la óptica de la protección de los terceros frente a la clandestinidad del régimen económico matrimonial ello no es ni necesario ni conveniente: difícilmente una norma de conducta va a afectar a terceros, que es el fundamento de la publicidad registral. A diferencia de lo que ocurre con los agentes del mercado- persona jurídica, para los cuales la autorregulación hace de norma de conducta contractual capaz de suscitar una confianza pero sobre todo capaz de determinar el contenido de contratos⁹³⁰, en

⁹²⁹ El régimen antiguo insistía mucho en que no se trataba de una inscripción, cosa que si es ahora. Solo así se puede comprender la insistencia en que se señale “*en forma destacada, su carácter de indicación*” (Art. 266-4 RRC).

⁹³⁰ En el sentido de integración de los contratos que hemos visto en la parte primera. Nos referimos evidentemente a códigos de conducta, pues si son acuerdos sociales que limiten o determinen a los administradores el tercero siempre queda protegido por la apariencia ex Art. 234 Ley de Sociedades de Capital. O lo que es lo mismo: los acuerdos paralelos al acuerdo de

el caso de las personas los bienes comunes o quedarán vinculados o no, pero las obligaciones contractuales van a ser las mismas con independencia del contenido de las capitulaciones. A pesar de la estructura dual capitulaciones-otros contratos, las capitulaciones no alterarán el contenido de los contratos en tanto se trata de normas sólo exigibles entre cónyuges. Los CDC- contratos normativos, en cambio, son exigibles por los terceros por su vinculación con otros contratos a los que norman “externamente”. Las capitulaciones norman pero hay que entender que lo hacen “internamente”. Ello podría dar lugar a reclamaciones entre los cónyuges: ocurre algo parecido a lo que se produce en las sociedades mercantiles, que quedan obligadas respecto de terceros por los contratos celebrados por el administrador, y la responsabilidad será del mismo con la sociedad si se extralimita (Art. 234 Ley de Sociedades de Capital). Ahora bien, siendo la sociedad un sujeto- persona jurídica en el que intervienen una pluralidad de personas físicas (y habiendo por tanto un interés de inversores, acreedores etc), tiene sentido publicar determinados aspectos relativos a los administradores. Entre cónyuges, el acreedor es uno solo, y no tiene sentido publicar lo que hay que entender que forma parte de la vida interna del matrimonio.

Por tanto, aunque el paralelismo entre las capitulaciones matrimoniales y los CDCs es evidente si consideramos a los dos dentro de la categoría del contrato normativo, la diferente naturaleza del sujeto normado desaconseja publicar aspectos que no interesan a terceros, dado el régimen de responsabilidad vigente.

constitución de la sociedad pueden beneficiar al deudor, pero no perjudicarlo, y lo que pretenden los CDC es suscitar la confianza en un beneficio determinado.

3.6 Conclusiones sobre el posible reflejo registral de los códigos de conducta

Examinados en los anteriores apartados los cuatro registros jurídicos de nuestro sistema institucional de seguridad jurídica, procedería, antes de ver la aplicación al mercado inmobiliario en la parte final, sentar unas conclusiones de esta parte.

Para poder fijar las mismas, hemos de partir ante todo de las conclusiones obtenida en la primera parte sobre el valor y efecto de los códigos de conducta: los códigos a veces son reglas de conducta con *vis coactiva* en virtud de su encaje en las fuentes de las obligaciones, y a veces son meras disposiciones con *vis directiva* que no llegan a ser reglas sino que son mandatos de optimización acordes a los principios generales. Cualquier planteamiento que haya de hacerse sobre la registración, ha de partir por tanto de la diferente tipología de los códigos en cuanto a los efectos, y de que la publicidad registral está pensada sólo para hechos o actos que gozan de efectos coactivos. Ello dejaría fuera, en principio, a los códigos meramente directivos.

Además de esta consideración relativa al objeto o contenido de las relaciones jurídicas en las que nos planteemos el valor de los códigos, hemos de hacer una consideración sobre el sujeto: los códigos suelen estar llamados a regir la vida de entidades. Estas entidades a veces son personas jurídicas y a veces no. Cuando no lo son, suelen tener bienes en común. En el primer caso, las entidades como tales aparecen inscritas en un Registro de personas jurídicas, y además sus bienes aparecen en un Registro de bienes. En el segundo, el único dato registral de su existencia es precisamente el Registro de bienes, que actúa como Registro de personas de las comunidades. Unas

comunidades que en el pasado tenían en las propias leyes una configuración pensada para la contratación entre conocidos, pero que en la actualidad cada vez son más apropiadas para los desconocidos. Siendo los Registros jurídicos una tecnología institucional al servicio de esta contratación impersonal y de estas comunidades abiertas a la entrada de miembros desconocidos (al igual que ocurre en las personas jurídicas), todo planteamiento que se haga sobre la publicidad de estas entidades, sus normas, y sus instrumentos de autorregulación, ha de estar más bien pensada para suscitar confianza sobre las mismas en el mercado, que para otra cosa. Ello ha llevado al legislador en época reciente a potenciar la publicidad-noticia de datos que, aunque no penden de la inscripción para su efectividad, si que son interesantes para la seguridad del mercado.

Partiendo de esto, y del sistema registral vigente, podríamos señalar que:

1º La publicidad registral de los códigos de conducta no puede hacerse en un solo Registro, dado que cada uno de los Registros jurídicos tienen un ámbito material determinado (coincidente a veces con el sujeto, a veces con el objeto o contenido de relaciones jurídicas diversas del mercado al que los Registros pretenden servir). En la medida en que se trate de un código que no tenga encaje en un Registro relacionado con una materia concreta (como el de Protección de Datos, o, por afectar a bienes inmuebles, el de la Propiedad), podría admitirse la inscripción en el Registro mercantil, cuándo se trate de códigos redactados por entidades inscribibles.

2º En el Registro de Bienes Muebles, a falta de una sección de códigos de conducta, la única forma de lograr la inscripción según la ley vigente sería

configurar el código como de las condiciones generales. Algo que no será posible en todos los casos, pero si en aquellos en los que el código de conducta actúa como contrato normativo, que tendría el consiguiente efecto positivo de quedar los sometidos al mismo régimen de control de legalidad que se aplica a las condiciones generales.

3º En el Registro Mercantil la única forma de publicidad posible sería insertar los códigos de conducta en los estatutos en los Estatutos de las sociedades inscritas o bien darles un régimen similar al de los protocolos familiares.

Los efectos de la inscripción no serían especialmente intensos desde el punto de vista de la regla de oponibilidad, pues un código de conducta no es un hecho oponible como puede serlo la publicidad errónea sobre la legitimación de un apoderado o administrador, sino que su eficacia depende del contrato. Siendo los efectos reducidos, la publicidad que en su caso hubiese de plantearse, sería más bien publicidad noticia. Ello no ofrecería un control reforzado, por la limitación que respecto de los hechos objeto de publicidad noticia afectan a la calificación en el régimen actual (y de los que participa lo para-social). Sin embargo, en tanto sería un aliciente para el conocimiento y cumplimiento de los códigos (aunque no sea más que con su fuerza directiva), habría que valorar su publicidad y, aunque ello implique romper la regla habitual, facilitarla (sin imponerla, dentro por tanto del espíritu del *soft law*) en tanto se trata de una publicidad que queda en manos del Estado y no del autorregulado.

En cuando a la técnica registral, a veces habría que publicar el contenido del código, pero en otras, siendo el código ya público, pero siendo lo

determinante de su observancia por una entidad su adhesión, sería el acto de adhesión lo que habría que publicar.

3º En el Registro de la Propiedad, el principal encaje de un código de conducta que afecte a bienes inmuebles sería el caso de las normas de régimen interior de las comunidades de vecinos. Su inscripción, rechazada por la doctrina antigua, es admitida por la reciente.

En otros bienes inscribibles en los que la ley permite el juego de la autorregulación, como es el caso de los edificios sometidos a aprovechamiento por turno, se contempla el depósito (que no inscripción ni control de legalidad) de contratos, pero no de los códigos de conducta que los rigen.

Ambos casos constituyen un precedente importante a tener en cuenta, en tanto cada vez son más las situaciones comunitarias cuyo único registro es el de la Propiedad. Estos casos nos permiten descubrir que el Registro de la Propiedad, que es de folio real, actúa como Registro de folio personal de la entidad o comunidad.

4º En el Registro civil sería im planteable la publicidad de códigos de conducta, pues aunque se refiere a personas que tal vez sean destinatarias de los mismos, recoge los hechos relativos a su existencia o capacidad, pero no a su actuación comercial, que es objeto del Registro Mercantil. Acaso habría que plantear el problema respecto de la única forma de “colectividad” que en dicho Registro se recoge, el matrimonio, y su economía. Pero siendo en realidad las normas de las capitulaciones aspectos internos de la relación conyugal que no afectan a terceros, y teniendo lo que afecta a terceros ya su debida publicidad en

el Registro mercantil para los casados comerciantes, habría que destacar cualquier forma de publicidad.

5º Una visión de conjunto de la realidad a la que los códigos de conducta suelen servir, y de los Registros que les dan soporte institucional, nos permite ver que una idea clara de una entidad, sus bienes y su conducta requiere de la consulta de varios Registros. Ello nos debe llevar a postular la integración tecnológica de los mismos, aspecto sobre el cual padecemos un gran atraso.

6º Finalmente, así como proponemos incorporar más información al Registro, en realidad también proponemos una simplificación de la misma. No es lo mismo tener que consultar una información tratada que sin tratar. En ocasiones, los códigos de conducta reproducen el contenido de las leyes. Otras, códigos promovidos por la administración requieren de un acto de adhesión que no consta en la información registral del adherido. La constancia registral de los códigos, en tanto reproduzca contenido de leyes, podría servir para advertirlo, o para podar el código de lo superfluo, inscribiendo solo lo necesario. La constancia registral de la adhesión, permitiría tener una imagen más fiel, y ofrecería más confianza (que es lo que se pretende con los códigos) al consumidor.

4. El mercado inmobiliario y los códigos de conducta.

Sentadas algunas ideas acerca del fenómeno autorregulatorio, del valor normativo de los CDC según los casos, de la importancia del control de legalidad de los mismos y de la publicidad jurídica que de los mismos cabría tener, procede analizar cómo actúa o ha actuado la autorregulación en el ámbito del mercado inmobiliario.

4.1 Los códigos reguladores de los sujetos intervinientes en el mercado inmobiliario

El mercado inmobiliario sería el ámbito del mercado relacionado con la transacción sobre bienes inmuebles. En éste mercado, además de los consumidores (que no suelen estar agrupados en asociaciones a éstos efectos, y que en ocasiones dan lugar a cooperativas⁹³¹), las principales personas jurídicas transmitentes o mediadoras del tráfico son las promotoras y agentes inmobiliarios. Unos y otros necesitan de financiación, jugando en consecuencias las entidades de crédito un importantísimo papel. El análisis de la autorregulación en éste sector debe por tanto fijarse especialmente en la autorregulación de la actividad bancaria en relación con la financiación de las

⁹³¹ En éste sector, se han aprobado diferentes instrumentos autorregulatorios. Así por ejemplo “las normas de buenas prácticas empresariales de las empresas gestoras asociadas a GECOPI”, dictadas en enero de 2005, en íntima relación con el “Código Deontológico de la asociación de empresas gestoras de Cooperativas de viviendas y proyectos inmobiliarios”. El camino abierto ha sido seguido más tarde por los promotores inmobiliarios. Así, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid junto con AEGI Madrid, Asociación Empresarial de Gestión Inmobiliaria de Madrid, CEIM (Confederación Empresarial de Madrid- CEOE) y la Cámara de Comercio de Madrid han presentado el 29 de enero de 2010, el Código de Buenas Prácticas dirigido a las empresas del sector de la gestión e intermediación inmobiliaria. Al respecto vid. LAMBEA RUEDA, A. *Códigos de Conducta en el Sector de cooperativas de vivienda*.

http://pendientedemigracion.ucm.es/info/revesco/txt/REVESCO%20N%20108.3%20Ana%20LAMBEA%20RUEDA.htm#_ftn1 (Descargado el 6 de Octubre de 2014).

adquisiciones de inmuebles, pues son escasos los casos de códigos de conducta propiamente tales redactados por agentes inmobiliarios⁹³² o promotoras.

Dicha actividad, ha sido objeto de algunos instrumentos de autorregulación. Entre ellos, hay CDCs internos de las entidades de crédito que prácticamente vienen a reiterar lo que se dispone en las leyes para las mismas, añadiendo un punto de compromiso en la observación de conductas ejemplares y estándares, dirigido a suscitar confianza.

Por ejemplo, en grupo Sabadell⁹³³ señala que el CDC es una “manifestación de la voluntad de cumplimiento ético” y se señala respecto de las relaciones con los clientes que se procurará “un alto compromiso de honestidad y responsabilidad profesionales por encima del cumplimiento de los estándares legales”.

La gran mayoría de las normas van dirigidas a regular las relaciones de los empleados con el grupo empleador o bien de los proveedores⁹³⁴ con la entidad redactora, y no tanto de esta con los usuarios⁹³⁵. En todo caso se observa un deseo, un compromiso, una concretización de algo más⁹³⁶ (el Grupo Santander, por ejemplo, habla de “estándares éticos”, además del cumplimiento de las leyes⁹³⁷).

⁹³² Que no obstante tienen los correspondientes códigos deontológicos aprobados por los Colegios profesionales respectivos.

⁹³³ Ver Códigos de conducta del grupo Sabadell, tanto internos como relativos a proveedores en:

https://www.grupobancosabadell.com/es/RSC/RESPONSABILIDAD_SOCIAL_CORPORATIVA/print.html (consultado 7 de Julio de 2015).

⁹³⁴ El Sabadell por ejemplo tiene un CDC específicamente dirigido a proveedores.

⁹³⁵ Lo cual nos muestra la problemática de la inserción de la conducta autorregulada en el objeto de los contratos analizada en la primera parte al tratar de las fuentes de las obligaciones.

⁹³⁶ Lo cual nos sitúa más en el terreno de los principios que en el de las reglas, retomando las categorías consideradas al tratar de los principios generales del Derecho.

⁹³⁷ Código de conducta del grupo Santander:

Junto a estos CDCs iniciativa de las propias entidades, están los promovidos por los poderes públicos (supuesto habitual, según DIAZ RUIZ⁹³⁸). En éste ámbito, habría que ubicar el Código de Buenas Prácticas aprobado por el RD 6/2012 en relación con los deudores hipotecarios en situación de exclusión social, el cual procede de una norma con rango de Ley y cuyo valor y efectos analizaremos más adelante.

Esta promoción pública ha sido criticada por cierta doctrina, señalado URÍA FERNÁNDEZ⁹³⁹ que el hecho de su promoción por los poderes públicos hace cuestionable que se trate de verdaderos códigos de conducta o normas de autorregulación, por proceder de una norma imperativa⁹⁴⁰. Con todo, se suele valorar positivamente la flexibilidad que supone el poder contar con instrumentos de autorregulación además de contar con las leyes, pues con ellos se llega más lejos⁹⁴¹, lo cual permite alcanzar mejor los objetivos que en su caso se estuviesen persiguiendo.

http://www.santander.com/csgs/Satellite?appID=santander.wc.CFWCSancomQP01&c=GSIInformacion&canal=CSCORP&cid=1278677208635&empr=CFWCSancomQP01&leng=es_ES&page name=CFQP01%2FGSIInformacion%2FCFQP01_GSIInformacionDetalleSimple_PTO8
(consultado el 7 de Julio de 2015).

⁹³⁸ DIAZ RUIZ, E. Códigos de conducta y mercados financieros”. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 264.

⁹³⁹ URÍA FERNÁNDEZ, F. “Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria”. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 312.

⁹⁴⁰ Aunque lo cierto es que suele supeditar a un acto voluntario posterior el que los mismos rijan.

⁹⁴¹ La idea de COSTA de que la ley es una propuesta de costumbre, y la idea de la doctrina de la ejemplaridad de que hay que evolucionar hacia una nueva articulación de las relaciones ley/costumbre (con una revalorización clara de las costumbres *secundum legem*), es evidente que está en línea con los presupuestos de los que se parte a la hora de fomentar la autorregulación en éste ámbito.

La cuestión relativa a la imperatividad o no de las normas relativas a las entidades bancarias en el ámbito de la contratación inmobiliaria es tal vez la que nos dé la pauta con la que interpretar el valor y efecto de los códigos en ésta materia. En efecto, si gozamos de normas imperativas en la regulación de un sector, la autorregulación tiene un menor papel⁹⁴². Esto es lo que ocurre en España comparando nuestro mercado inmobiliario respecto del de otros países de la UE.

Por ejemplo, aún cuando existe un Acuerdo Europeo relativo a un código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos de vivienda⁹⁴³ a nivel comunitario, la incidencia del mismo en España es muy pequeña porque el régimen jurídico fijado por la Ley Hipotecaria⁹⁴⁴, la Ley 2/1994, la Ley del Mercado Hipotecario 2/1981, y las Ordenes Ministeriales por las que se fijan las obligaciones de información a los consumidores que contraten un préstamo, contienen por vía de regulación imperativa más protección si cabe para el consumidor de la que se puede encontrar en el citado acuerdo (que tiene no obstante una gran utilidad en otros sistemas bancarios⁹⁴⁵).

⁹⁴² Aun cuando pueda conservarlo como complemento de la ley generador de costumbres *secundum legem*, pues aunque a veces se plantea el debate entre la regulación y la anti-regulación considerando la autorregulación como una alternativa, lo cierto es que ambas suelen cooperar entre sí, de modo que no son propiamente una alternativa de la otra.

⁹⁴³ http://ec.europa.eu/internal_market/fin services-retail/docs/home-loans/agreement_es.pdf

⁹⁴⁴ Sobre todo tras las novedades introducidas en la misma por la Ley 1/2013.

⁹⁴⁵ Según señala URÍA FERNÁNDEZ, F. "Códigos de conducta...". Ob. Cit. Pág. 317.

Ahora bien, existiendo una ley imperativa más potente que la norma autorregulatoria, cabría preguntarse: ¿sirve entonces de algo la autorregulación (sea ésta voluntaria o incentivada)?

Para responder a esta pregunta debemos volver al problema del espacio y de la importancia de la autorregulación en el Derecho Global: no siendo igual la legislación de todos los Estados, la autorregulación permite introducir un programa de máximos⁹⁴⁶ allí donde la ley no lo exige.

Por otro lado, no debemos olvidar que hay casos en los que no es posible ni conveniente imponer cierta conducta pues “la competencia entre entidades, el riesgo reputacional⁹⁴⁷ y la supervisión bancaria⁹⁴⁸”, son “en ocasiones”, “agentes más eficaces para la adecuada ordenación de la actividad bancaria que la propia regulación” (URIA⁹⁴⁹). Ello es así por el enorme poder que tiene la abstención de los consumidores, y por el poder de la confianza y del consumo como elementos de configuración política⁹⁵⁰. Desde una óptica estrictamente

⁹⁴⁶ Tal vez susceptibles de cumplimiento solo en grado, lo cual nos devuelve al tema de las reglas y principios, y de los deberes sin coacción al que hemos hecho referencia en los capítulos de teoría y filosofía de la primera parte.

⁹⁴⁷ Competencia y reputación que juegan en las motivaciones de los actos de consumo a los que hemos hecho referencia al considerar que consumir es un acto político, en el capítulo de filosofía de la primera parte.

⁹⁴⁸ En realidad la supervisión implica imposición de conductas con vis coactiva, lo cual nos devuelve a la regulación sensu stricto.

⁹⁴⁹ *Ob. Cit.*, Pág. 321.

⁹⁵⁰ Cfr. Las consideraciones de la parte filosófica sobre el valor del consumo como acto político.

jurídica, ello es así en tanto el poder de la costumbre como fuente es mucho mayor de lo que en ocasiones se cree, y a veces basta con dejarle actuar⁹⁵¹.

Además, la autorregulación tiene la ventaja de que es reversible: si se fijan unos objetivos, se procura lograrlos por medio de leyes, luego estas no funcionan⁹⁵²...hay que derogarlas, algo que no sucede con los instrumentos de autorregulación. Ello por no hablar que en ocasiones las leyes requieren de un estudio previo sobre la realidad que no es fácil ni rápido, agilidad que si se puede lograr lanzando códigos de conducta con anterioridad⁹⁵³.

Finalmente, se ha señalado que es necesaria la seguridad jurídica. Y así, URÍA⁹⁵⁴ reclama que pueda haber un puerto seguro (en terminología anglosajona): saber que si se ha cumplido con el CDC no se pueda considerar responsable a determinada entidad.

⁹⁵¹ Sobre este particular, me remito a las consideraciones hechas sobre la eficacia y valor de la costumbre en la parte de Filosofía del Derecho y en la relativa a las fuentes del ordenamiento jurídico.

⁹⁵² Normalmente por falta de ejemplaridad....pese a lo cual el remedio es una ley, y otra y otra...hasta que lo único capaz de transformar es la virtud carismática como creadora de costumbres (cfr. GOMA LANZON, J. *Ejemplaridad pública*. Taurus, Madrid 2013. Págs. 315 a 328).

⁹⁵³ “Las autoridades europeas o nacionales pueden establecer unos determinados objetivos, prever que estos serán alcanzados, prima facie, a través de la autorregulación, para, a la vista de los resultados efectivamente logrados o de las nuevas circunstancias surgidas, pasar a regular la materia mediante instrumentos de regulación más tradicionales (un Reglamento o una Directiva en el caso europeo). En este sentido, los códigos de conducta suponen un cierto reto para la industria, por cuanto permiten establecer normas comunes con mayor rapidez y eficacia que la regulación tradicional, pueden “abrir camino” a la intervención normativa de los poderes públicos en materias que no conocen en profundidad o sobre las que no resultaría fácil aprobar una regulación a corto plazo” (URÍA FERNÁNDEZ, F. *Ob. Cit.* Pág. 319).

⁹⁵⁴ “De modo que ninguna entidad debiera ser considerada responsable del eventual incumplimiento de un principio general cuando su comportamiento se hubiera ajustado a las disposiciones del código” (*Ob. Cit.* Pág. 319).

Una exigencia de seguridad que no siempre es fácil de solventar con la ley y sus lagunas y en la que la autorregulación cumple un papel importante, como se ha visto al tratar de su relación con la causa del negocio y su pervivencia a lo largo de la vida negocial y frente a sus incertidumbres, sobre todo en los contratos de larga duración, como son los préstamos hipotecarios. Ahora bien, así como URÍA señala al CDC como reductor de la inseguridad en base la eximente de responsabilidad que el mismo supone⁹⁵⁵, podemos destacar que los CDCs son reductores de inseguridad también en la medida en que ofrecen *algo más*⁹⁵⁶ que la ley en su interpretación literal y con la constante búsqueda de excepciones y escapatorias⁹⁵⁷.

4.2. Los códigos reguladores de los bienes inmuebles.

Por otra parte, hemos de destacar que, además de la conducta en el mercado de los agentes del sector inmobiliario, es necesaria la regulación del uso de los bienes inmuebles en si. En este punto, la autorregulación puede jugar un importante papel, obteniendo encaje en Estatutos reguladores, normas de régimen interior de comunidades de vecinos, reglamentos de urbanizaciones, y

⁹⁵⁵ Aspecto también destacado por la doctrina y la jurisprudencia (STS 3 Marzo de 2003), y presente en el Art. 179. 2 Ley General Tributaria, respecto del soft law administrativo (cfr. SARMIENTO, D. *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Civitas, Cizur menor 2008. Pág. 192).

⁹⁵⁶ Ejemplaridad, estándares éticos (expresión del Grupo Santander), ir más allá del estandar legal (en palabras del CDC del Grupo Sabadell).

⁹⁵⁷ Esa ligereza y amoralidad de muchos juristas a la que hemos hecho referencia en el capítulo 2 citando a GONZÁLEZ- MENESES GARCÍA- VALDECASAS, M. *Como hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*. Colegio Notarial de Madrid, 2007. Pág. 216.

otros similares tales como clubes deportivos, etc. Los mismos pueden ser más importantes de lo que *a priori* cabría esperar, sobre todo a la hora de lograr determinados valores ambientales por la voluntaria cooperación de las personas. En efecto, existen muchas conductas que, sin llegar a sancionarse (lo cual sería entrar en el terreno de la *vis coactiva*), pueden y deben corregirse mediante la persuasión⁹⁵⁸ de una norma razonable cuya oferta convincente (*vis directiva- vis atractiva*⁹⁵⁹) arrastre a conductas ejemplares, a lograr las conductas deseadas (cosa que a veces la ley –propuesta de costumbre- no es capaz de conseguir).

En todos estos casos, se requiere de una conducta cívica que la ley por sí sola no puede lograr y que requiere de una interacción con la autorregulación, en tanto forma de hacer entrar en juego costumbres y principios.

Respecto de estos códigos sobre el uso de inmuebles, nos remitimos al apartado correspondiente de la primera parte. Y respecto de su inscripción y el valor que la misma pueda tener, a la parte del capítulo anterior relativa al Registro de la Propiedad.

⁹⁵⁸ He aquí otro ejemplo de la importancia del Derecho persuasivo o sin coacción, del cual hemos tratado en el capítulo 2.

⁹⁵⁹ Ver al respecto lo dicho en el capítulo 6 sobre la ejemplaridad y en el capítulo 2 sobre el enfoque filosófico de Suárez en la teoría de la norma.

4.3 En particular, el Código de Buenas Prácticas Bancarias en relación con los deudores sin recursos: Decreto- Ley 6/2012, de 9 de Marzo.

4.3.1 Introducción.

Un ámbito del mercado inmobiliario en el que la autorregulación ha penetrado recientemente es el sector del mercado hipotecario. El Real Decreto Ley 6/2012, ha fijado en su Anexo un Código de Buenas Prácticas para las entidades de crédito a fin de proteger a los deudores en situación de exclusión, situación ésta que la ley objetiva por debajo de cierto umbral que ha sido muy criticado doctrinalmente por estimarse que se trata de un ámbito de aplicación excesivamente escaso. El Código de Buenas prácticas, después de promulgado, ha sido modificado sucesivamente por la Ley 1/2013, la Ley 8/2013 y el RDL 1/2015⁹⁶⁰.

Entre las reformas, se incluyó a los avalistas primero⁹⁶¹ y a los fiadores después (entre las personas que pueden entrar dentro del ámbito de protección) siempre que el bien afectado por la responsabilidad sea la vivienda habitual.

⁹⁶⁰ Numerosas entidades de crédito habían formalizado su adhesión a la versión original del CBP y esta primera lista se contiene en la Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 10 de julio de 2012 (BOE 12/07/2012). La Resolución de 10 de abril de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE 16 de abril de 2014), contiene la lista de entidades adheridas a la primera y a la segunda versión del Código de Buenas Prácticas, la cual es actualizada por una última Resolución de 8 de enero de 2015 (BOE 22 de enero). Tras el Real Decreto-ley 1/2015 se publica una última lista en Resolución de 7 de abril de 2015, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE 28 de abril).

⁹⁶¹ La ley 1/2013 añadió un segundo párrafo al Artículo 2 que decía: “*Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario*”. Además, dicha Ley introdujo el Artículo 3 bis, que señaló que “*Los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda*”.

Se introdujeron también algunas reformas de detalle en las cantidades a tener en cuenta para que la deuda se considere viable, o en el interés de demora que devengará el impago de la renta de alquiler si el deudor continúa ocupando la vivienda como arrendatario⁹⁶². Ello demuestra que el tema no está en absoluto cerrado. El art. 2 en su redacción vigente, señala que:

“Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, con excepción de las contenidas en los artículos 12 y 13, que serán de aplicación general.

Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario”.

El Art. 3 del RD⁹⁶³, bajo la rúbrica “Definición del umbral de exclusión” dispone que:

“Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita⁹⁶⁴ y los hijos, con independencia de su

garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de exclusión”.

⁹⁶² Al respecto, vid. ALONSO PÉREZ, A. “Las diferentes versiones del código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual”. En Boletín SERC. Monográfico *Vivienda y crisis: ensayando soluciones*. Universitat de Barcelona-Registradors de Catalunya. Barcelona 2015. Págs. 193- 203.

⁹⁶³ Su actual apartado 1 ha sido redactado por el apartado uno del artículo 2 del R.D.-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social («B.O.E.» 28 febrero).

⁹⁶⁴ Con gran acierto señala MATEO y VILLA que “Volviendo al hecho de que el art. 3 RD-ley exija que las parejas de hecho estén inscritas para beneficiarse de las disposiciones del propio RD-ley, esta disposición es criticable por dos motivos. En primer lugar, porque pena a las parejas inscritas frente a las no inscritas en los registros de parejas de hecho —ambas

edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

igualmente legales de hecho— en tanto que los ingresos de la otra parte de estas últimas no se computan para excluir de la aplicación de los beneficios del RD-ley. En segundo lugar, porque la legislación autonómica prevé la existencia de la pareja de hecho aunque ésta no esté inscrita. Frente a leyes autonómicas de parejas de hecho como la madrileña que requieren de la inscripción de aquélla con carácter constitutivo, (art. 3.1 Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid), otras tienen una inscripción meramente declarativa (p. ej. arts. 1 y 2 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de Cataluña, vigente hasta el 1 de enero de 2011 o art. 5 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía que habla de “acreditar” la pareja de hecho, no de constituir la, por medio de su inscripción). Esta disposición puede llevar a un conflicto entre autonomías y gobierno central” MATEO VILLA, I. Comentario del Artículo 3. En EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS. <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm#UMBRAL> (consultado el 7 de Julio de 2015).

2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

3.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

4.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral.

5.º El deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2. Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos.

a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma.

c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

3. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:

a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar:

1.º Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.

2.º Últimas tres nóminas percibidas.

3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

5.º En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

b) Número de personas que habitan la vivienda:

1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.

2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.

3.º Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

c) Titularidad de los bienes:

1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.

2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

d) Declaración responsable⁹⁶⁵ del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.”

⁹⁶⁵ A la vez que se incentiva el compromiso por parte de las entidades acreedoras, se cuenta con la responsabilidad por parte del deudor, lo cual es muestra del mayor ámbito que la legislación española da a la voluntariedad de los interesados respecto de otras legislaciones en las que la única previsión han sido procedimientos concursales o similares con la intervención de organismos públicos.

La dureza de los requisitos impuestos, así como las formalidades que se establecen, ha determinado un ámbito de aplicación necesariamente escaso, aspecto valorado negativamente por la doctrina⁹⁶⁶, destacándose que son muy pocos los deudores que se han podido beneficiar de las medidas que se derivan de la aplicación del CBP ⁹⁶⁷. En efecto, la estadística hasta el momento publicada por el Ministerio de Economía⁹⁶⁸ fija en 19.500 los beneficiados. No se puede considerar que sea excesivo el número de casos que se han beneficiado, referido a casi dos años de vigencia del RD. Piénsese que sólo en 2012, se presentaron a inscripción en los Registros de la Propiedad españoles más de 38.000 adjudicaciones derivadas de ejecuciones hipotecarias, y más de 14.000 daciones en pago⁹⁶⁹.

La delimitación realizada ha llevado a algún autor a decir que nos encontramos ante una norma aplicable solo a deudores en situación de “fuerza mayor”⁹⁷⁰ o que se trata de “extraordinarias limitaciones”⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ DIAZ RUIZ señala que la “delimitación subjetiva y objetiva que establece para su aplicación ha provocado que los afectados sean muy pocos dentro del colectivo de quienes se encuentren en estos momentos con dificultades para poder hacer frente al pago de los préstamos hipotecarios” (“Código de buenas prácticas en materia de créditos hipotecarios”. En DIAZ RUIZ, E. (Coord) et al. *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*. Dykinson. Madrid 2013. Pág. 131).

⁹⁶⁷ Tesis con la que he coincidido en “El Registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores”. En DIAZ RUIZ, E. *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, Madrid 2013. Pág. 62.

⁹⁶⁸ Nota de prensa de 28 de Julio de 2014. <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=83df155bf5d77410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=47386e0005e08310VgnVCM1000001d04140aRCRD> (consultado el 7 de Julio de 2015).

⁹⁶⁹ Como resulta de la estadística que, especialmente referida al mercado inmobiliario se presentó por el Colegio de Registradores en ese año, disponible en http://www.registradores.org/estadisticas_propiedad_1682.jsp

⁹⁷⁰ BALLUGERA GÓMEZ, C. Comentario de los artículos 1 y 2. En EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.

Con todo, cabe señalar que la posterior Ley 1/2013 ha profundizado en la protección del deudor, estableciendo reglas de protección que son universales a todos los deudores, no únicamente a los que están en riesgo de exclusión, habiéndose afirmado que es la ley que introduce en el sistema de contratación y ejecución hipotecaria la intervención⁹⁷² propia del Derecho de consumo⁹⁷³.

Ahora bien, entre dichas medidas de intervención⁹⁷⁴ (la mayoría de las cuales son límites que se impondrán a los contratos que se celebren en el futuro, pero no a los suscritos con anterioridad a la ley 1/2013, que son los que realmente plantean problemas⁹⁷⁵) no está el CBP, que se promueve como un *minimum* únicamente para los deudores en riesgo, pero que no impide que se puedan adoptar medidas similares para todos los deudores por cada entidad, de

<http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm#UMBRAL> (consultado el 7 de Julio de 2015).

⁹⁷¹JIMÉNEZ PARIS, T. A. “Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto- ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”. En *RCDI*. Número 732. 2012. Págs 2387 a 2426.

⁹⁷² Una intervención que no necesariamente debe tomarse por acertada, pues como indica ARRUNADA, podría perjudicar el acceso al crédito por los pobres en el futuro, a costa de haber protegido a los que ya son deudores en el presente (ARRUNADA, B. “La reforma de la responsabilidad hipotecaria”. En *RCDI*. Nº 731. Mayo-Junio 2012. Pags. 1259 a 1289. Pag. 1277).

⁹⁷³ “Ha dado entrada –por fin-, a la intervención pública propia del Derecho de Consumo en nuestro sistema de contratación y ejecución de garantía hipotecaria” (SAINZ- CANTERO CAPARRÓS, B. “La evolución de la posición del deudor hipotecario desde el pacto de Zurbano hasta la Ley 1/2013 de 14 de Mayo: del *favor creditoris cum hyphoteca* al principio de protección del consumidor en el tráfico inmobiliario”. En NÚÑEZ IGLESIAS, A. (Dir). *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Comares, Granada 2014. Págs. 7 a 37. Pág. 7).

⁹⁷⁴ Tal vez cabría hablar más de persuasión, recomendación y generación de riesgo reputacional, en línea con las ideas que hemos venido manteniendo.

⁹⁷⁵ El celo de las entidades de crédito ha aumentado, lo cual unido a sus dificultades para disponer de fondos con los que dar crédito, ha hecho que los nuevos préstamos con hipoteca se hayan restringido hasta estar en la actualidad dirigidos a un deudor de alta renta.

forma voluntaria, a través de CDC más ambiciosos (como señala DIAZ RUIZ⁹⁷⁶, aunque todavía no haya ocurrido).

El CBP ha venido a recurrir a la autorregulación para procurar dar una solución a una situación compleja, cual es la del sobreendeudamiento y la imposibilidad de hacer frente los pagos del préstamo hipotecario, cuando el mismo se destinó a la adquisición de una vivienda por una familia sobreendeudada. Una adecuada comprensión del mismo, nos exige: 1º delimitar el problema; 2º analizar qué valor tiene el CBP; 3º analizar, a la vista del valor que tiene el código, la utilidad del mismo, considerada la diferencia con los modelos del Derecho comparado.

4.3.2. Delimitación del problema: la morosidad hipotecaria y la inconveniencia de una reforma del régimen de responsabilidad por deudas

La situación a la que nos ha llevado la larga crisis económica, está teniendo consecuencias drásticas para la posición de muchos titulares de fincas hipotecadas destinadas a vivienda, quienes se ven en la circunstancia de tener que privarse de sus casas como consecuencia de un procedimiento de ejecución sobre los bienes hipotecados⁹⁷⁷. Dicha situación ha sido objeto de especial

⁹⁷⁶ “Código de buenas prácticas...”. *Ob. Cit.* Pág. 130.

⁹⁷⁷ Este es el contexto, el problema fundamental del que parten las exposiciones de motivos del RD 6/2012 y la Ley 1/2013.

consideración por la Defensora del Pueblo⁹⁷⁸. Ante la misma, determinados sectores de la sociedad reclaman soluciones para la situación de los deudores. Entre ellas ha destacado por su repercusión pública la propuesta de imponer⁹⁷⁹ la dación en pago de la finca hipotecada como solución al impago de los créditos hipotecarios objeto de una Iniciativa Legislativa Popular (ILP)⁹⁸⁰.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina tanto jurídica⁹⁸¹ como económica⁹⁸², se opone a dicha medida pues podría suponer un daño contra el mercado crediticio español, cebándose con los deudores más débiles⁹⁸³. En

⁹⁷⁸Vid. Informe de la defensora del pueblo de 22 de Enero de 2012. <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/crisis-economica-y-deudores-hipotecarios-actuaciones-y-propuestas-del-defensor-del-pueblo-enero-2012/> (consultado el 7 de Julio de 2015).

⁹⁷⁹ Sin necesidad de imposiciones, las daciones se utilizan mucho en la práctica. Solo en 2012, año de promulgación del Real Decreto, se recoge por la estadística registral la inscripción de más de 14.000 daciones en pago. Cfr. El informe “Panorama registral de impagos hipotecarios de vivienda en 2012”. http://www.registradores.org/estadisticas_propiedad_1682.jsp

⁹⁸⁰ Puede verse el texto de la Iniciativa Legislativa Popular que se está promoviendo en <http://www.quenotehipotequenlavid.org/wp-content/uploads/2011/03/Texto-de-la-ILP.pdf>

⁹⁸¹ En contra de la imposición de la dación en pago se posiciona toda la doctrina capaz de valorar los efectos que la misma podría producir. Algunos trabajos a tener en cuenta:

MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. *La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una medida tan seductora como desaconsejable*.

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3069/documento/articuloUM.pdf?id=2953>

(Descargado el 13 de Julio de 2015)

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. “Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas”. En *El Notario del siglo XXI*. Número 37. http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2631&seccion_ver=0 (descargado el 22 de Febrero de 2013).

GALLARDO PIQUERAS, A. *Responsabilidad patrimonial universal*. <http://www.arbo.org.es/?p=392> (Descargado el 22 de Febrero de 2012).

⁹⁸² ARRUÑADA, B. “Reforma fiscal, más que hipotecaria”. <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=11421> (descargado el 15 de Marzo de 2013).

“La reforma de la responsabilidad hipotecaria”. *Ob. Cit.*

⁹⁸³ En su intervención en el Seminario sobre la materia celebrado el 16 de marzo de 2011 en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, CORREDOR SIERRA, B. en su calidad

efecto, aprobar la propuesta contenida en la ILP implicaría cambiar el régimen de responsabilidad patrimonial universal vigente en España (Art. 1911 CC) y en casi todo el mundo desarrollado⁹⁸⁴. Implicaría imponer una solución que legalmente ya está contemplada de modo voluntario (cual es pactar la limitación de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, Art. 140 LH) y que no se pacta, siendo España uno de los mercados hipotecarios con más competencia⁹⁸⁵. El actual sistema de Registro de derechos con responsabilidad patrimonial universal genera más crédito, en mejores condiciones, para más gente y con una información y protección del consumidor en la fase contractual y de constitución de los derechos muy intensa. Un bien que no se debe alterar de modo imprudente, pues podría determinar más retraimiento del crédito y la exclusión de los consumidores de inmuebles con menos recursos, que es paradójicamente a quienes se pretende beneficiar.

de Secretario de Estado de Vivienda, señaló que la limitación de la responsabilidad universal con la imposición de la dación en pago en los términos que pretende la iniciativa legislativa popular en vigor, llevaría al incremento de las precauciones por las entidades de crédito. Dicho incremento, podría suponer para el deudor:

1º.- Un encarecimiento del crédito hipotecario y no sólo desde el punto de vista del tipo de interés.

2º. -La necesidad de tener un ahorro previo en las familias muy superior al actual. Estaríamos hablando de un ahorro por encima del 40-50%, y esto dejaría fuera del acceso a la vivienda a todas las familias que no tuvieran esta capacidad de ahorro.

3º. - El acortamiento de los plazos de los préstamos (en 10 o 15 años) lo que supondría dejar también fuera a muchas familias que no podrían pagar cuotas mensuales tan elevadas.

4º.- La petición de garantías adicionales para las familias que no pudieran tener este ahorro previo, las cuales tendrían que pedir o avales o seguros adicionales y otro crédito paralelo como ocurre en otros países.

⁹⁸⁴ Salvo 11 Estados de USA en que cabe extinguir la responsabilidad sólo con el bien sobre el que recae la garantía, lo cual suele ir asociado a la ejecución extrajudicial y a la opción por una forma determinada de garantía y no por otras. Sobre los problemas recientes del mercado hipotecario norteamericano, vid. MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. “*Mortgage gate: las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el Mortgage electronic Registration System en Estados Unidos*”. En *RCDI*. Número 724. Marzo- Abril 2011. Pags 845 a 891.

⁹⁸⁵ Y con todo, se ha producido un incremento de las daciones en pago en los últimos tiempos (motivada en parte por el régimen de provisiones y para evitarlas).

A éste respecto debe valorarse que la morosidad en los créditos para compra o rehabilitación de vivienda propia era, en el primer trimestre de 2012 (momento en que se promulgó el Real Decreto Ley que analizamos), era del 3,07%⁹⁸⁶. En 2014 la misma ha rebasado el 5%⁹⁸⁷, sin que en 2015 se aprecie tendencia a la baja (al ser la dudosidad del 5,2% para la adquisición y el 6,5% para la rehabilitación de vivienda, a Junio de 2015⁹⁸⁸, después de haber bajado, pues en el informe de Marzo de 2015 se alcanzaban 5,8% y 7,2% respectivamente⁹⁸⁹). Imponer una medida que pudiese perjudicar el poco crédito que aún circula para casi el 95% restante, sería perjudicial para la inmensa mayoría.

Por otra parte, no podemos olvidar que España es un país especialmente dado a la propiedad. La actual estadística, siendo baja por mor de la crisis, que ha obligado a recurrir al arrendamiento como única solución a una buena parte de españoles⁹⁹⁰, sigue situando a la propiedad como la forma de acceso preferida. Más allá de que se esté de acuerdo o no, lo cierto es que para optar

⁹⁸⁶ Datos de la Asociación Hipotecaria Española: <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/26/90.pdf?version=34> (consultado el 7 de Julio de 2015).

⁹⁸⁷ Datos de la Asociación Hipotecaria Española: <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/26/90.pdf?version=17> (consultado el 7 de Julio de 2015).

⁹⁸⁸ Vid. <http://www.ahe.es/bocms/sites/ahenew/estadisticas/indicadores-dudosidad/> (consultado el 14 de Octubre de 2015).

⁹⁸⁹ Vid. Informe de Marzo de 2015. <http://www.ahe.es/bocms/sites/ahenew/estadisticas/indicadores-dudosidad/archivos/dudosidad-mar-15.pdf> (consultado el 7 de Julio de 2015).

⁹⁹⁰ Según una encuesta, el 76% de los arrendatarios están alquilado únicamente porque no tienen otra opción. FOTOCASA, *Los españoles y su relación con la vivienda*, Fotocasa.es trends, 2011.

entre propiedad o alquiler⁹⁹¹, hace falta poder comprar. Y con retraimiento del crédito no se puede, lo cual, en un país de propietarios, crea una brecha social entre quienes pueden y no pueden comprar⁹⁹². Ello hace que sea especialmente importante generar nuevas condiciones sobre los préstamos, confianza, flexibilidad y seguridad⁹⁹³.

Además, debemos recordar que el Derecho privado que hoy conocemos, a la vez que ha buscado favorecer la seguridad de las garantías y la concesión de crédito, ha procurado evitar los abusos respecto del deudor. La prohibición de pacto comisorio contenida en el Art. 1859 CC⁹⁹⁴, o el hecho de que la hipoteca de responsabilidad limitada del Art. 140 LH sean lo que son, y no un derecho a la dación predeterminado (con sus correspondientes efectos a favor del acreedor)⁹⁹⁵, no es casualidad. La forma de regularlas hunde sus raíces en la prohibición del pacto marciano que como forma de comiso (en sentido estricto, no así el pacto *ex intervallo* al momento de la ejecución) fue rechazado ya en el Digesto, y en Castilla prohibían Las Partidas (Ley XLIV). Sin ésta precaución,

⁹⁹¹ Con todo, recuerda MUÑIZ espada que “cuando se pretende favorecer el acceso a través de la propiedad esgrimiendo, entre otros argumentos, la preferencia mayoritaria por medio, es decir, las estadísticas, algunos ven en ellos una grave desviación, como si este tipo de propuestas pretendieran descompensar lo que ellos entienden como un deseable equilibrio” (“Bienes en común y diferentes estatutos de ocupación de la vivienda”. En *Bienes en común*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 839).

⁹⁹² El relativo éxito reciente del arrendamiento ha sido más gracias a la crisis que al acierto de la regulación, la cual ha carecido de los elementos de estabilidad que el usuario reclama para darse por satisfecho con un arriendo. Cfr. NASARRE, S.- GARCIA, M.O.- XERRI, K.: “¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda?”. *TEORDER* 2014, nº 16, Págs. 188-215.

⁹⁹³ MUÑIZ ESPADA, E. *Ob. Cit.* Pág. 840.

⁹⁹⁴ Un buen tratamiento reciente de la fiducia de garantía, de sus implicaciones y de la prohibición de pacto comisorio, puede verse en MATEO y VILLA, I. “De la fiducia garantía”. En GÓMEZ GALLIGO, F.J. (Coord). *Homenaje a Manuel Cuadrado Iglesias*. Tomo II. Págs. 1233 a 1259. Thomson- Civitas. Cizur Menor 2008.

⁹⁹⁵ Con beneficio, por tanto, también para al acreedor, que podría quedarse con el bien hipotecado por falta de otro bien para pagar del deudor, sin derecho de éste a recibir el sobrante.

muchos usureros podrían ir buscando deudores que no tuviesen más medios que la propia vivienda para acabar quedándose con los bienes dados en garantía, abusando de la falta de otros medios con los que pagar del deudor, sin *ius offerendi* ni derecho al *superfluum* para el deudor. Según ciertas noticias⁹⁹⁶, combinando la generación de una deuda y una tasación ínfima del bien sobre el que se constituye la garantía, que el acreedor se acaba quedando por dación, se cometen verdaderos delitos de estafa⁹⁹⁷.

Imponer la dación en pago⁹⁹⁸, convertida en el debate público en la solución “de moda” ⁹⁹⁹ (con una recuperación del interés por la figura, e incluso

⁹⁹⁶ <http://estafasdeprestamistas.blogspot.com.es/2013/05/las-estafas-hipotecarias-otro-drama.html>

⁹⁹⁷ Es ilustrativo al respecto del proceso psicológico a seguir el post de la psicóloga Ana Isabel GUTIÉRREZ SALEGUI *Estafas en préstamos hipotecarios: claves psicológicas del engaño a las víctimas*, <http://hayderecho.com/2014/10/01/estafas-en-prestamos-hipotecarios-claves-psicologicas-del-engano-a-las-victimas/> (consultado el 22 de Abril de 2015).

⁹⁹⁸ Entre los estudios a que ha dado lugar la demanda popular de que se imponga la dación en pago, podemos destacar:

ADÁN GARCÍA, M.E. “La dación en pago” en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores. Madrid 2009. Pag 509 a 535.

CALVO GONZÁLEZ- VALLINAS, D. *¿Es la dación en pago una solución? Las implicaciones jurídico- económicas de la dación en pago*. Ponencia en el Congreso de Vivienda y Crisis Económica organizado por la Cátedra Zaragoza Vivienda. <http://catedrazaragozavivienda.unizar.es/congreso2014/ponencias/calvo.pdf>

LACRUZ MANTECÓN, M. “La dación en pago”. En ALONSO PÉREZ, M.T. (Dir) et al. *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de la vivienda provocados por la crisis económica)*. Aranzadi. Cizur menor, 2014. Págs. 317 a 369.

MARTÍN GARCÍA, L. “La dación en pago”. En DIAZ RUIZ, E. (Coord) et al. *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*. Dykinson. Madrid 2013. Págs. 133 a 152.

⁹⁹⁹ Basta ver la cantidad de noticias que ha venido generando la misma. Introducido en Google “dación en pago” el 29 de Septiembre de 2014, salían más de 1.100.000 entradas vinculadas, y 1640 noticias registradas al respecto. Introduciendo adjudicación en pago se superan las 403.000 entradas. Consultando cesión para pago, 556.000. La popularización de los términos, unida a la ignorancia de las consecuencias, se revela en el hecho de que “pacto comisorio” en la misma fecha sólo alberga 33.900 entradas.

repercusiones culturales¹⁰⁰⁰) a los problemas hipotecarios presentes, sería una medida “tan seductora como desaconsejable” (en palabras de MÉNDEZ¹⁰⁰¹). Ahora bien, el hecho de que sea desaconsejable la imposición, no implica que la misma no pueda fomentarse de algún modo o buscarse otras soluciones creativas (como la figura de la propiedad compartida introducida en el Derecho civil catalán por la Ley 19/2015, de 29 de Julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro V del Código Civil de Catalunya¹⁰⁰²). Así, se ha procurado un cierto fomento fiscal¹⁰⁰³, solución con la que he coincidido¹⁰⁰⁴. Entre las medidas de fomento¹⁰⁰⁵ deberíamos mencionar el Código de Buenas Prácticas. Ahora bien, ¿qué valor tiene realmente el mismo?

¹⁰⁰⁰ En Mayo de 2014 se estrenó en Madrid la Obra de Teatro de Lorena García Bayonas “Artículo 47”, en cuya preparación fui consultado por la actriz María Bigeriego. El guión se elaboró a partir de una ambiciosa investigación que incluyó la consulta a diversos sectores afectados. Su ficha puede consultarse en la web del Gobierno Autonómico, <http://www.madrid.org/surgemadrid/fichas/articulo-47.html>

¹⁰⁰¹ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. *La limitación imperativa...Ob. Cit.*

¹⁰⁰² En palabras de la exposición de motivos “*la propiedad compartida puede ser utilizada como una alternativa al lanzamiento del deudor hipotecario en los procesos de ejecución hipotecaria si, al constituir la propiedad compartida, el deudor y acreedor hipotecarios han previsto que el primero continúe poseyendo el bien como propietario material en la proporción de la cantidad que haya pagado y, además, tenga el derecho a adquirir gradualmente las restantes cuotas de las que es titular el acreedor hipotecario (titular formal)*”.

¹⁰⁰³ Que he abordado más ampliamente en mi trabajo “La morosidad hipotecaria y el sistema fiscal: medidas tributarias contra la insolvencia». En *OL, Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, Nº. 37, 2012, págs. 74-78.

¹⁰⁰⁴ Al respecto, he señalado en otro lugar que “en éste punto, hay que celebrar el esfuerzo recientemente llevado a cabo por la Generalitat de Catalunya, que en Ley 5/2012 de 20 de Marzo establece la exención en transmisiones para la dación que se lleve a cabo con posterior arriendo al deudor. Dicha medida de fomento será mucho más efectiva que el Código de Buenas Prácticas. Es un primer paso que debería ir seguido de más esfuerzos por parte de otras Comunidades Autónomas y tal vez de un paso más en la propia Catalunya con la asimilación fiscal de la dación con la adjudicación en pago derivada de subasta, que es más favorable” (“El Registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores”. En DIAZ RUIZ, E. *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*. Dykinson. Madrid 2013. Págs. 47 a 69, Pág. 64).

¹⁰⁰⁵ El hecho de que sea una medida de fomento nos da idea de su valor en el orden socio-político. Para la adecuada comprensión del mismo, me remito al capítulo 6.

4.3.3 Valor y efectos del Código de Buenas Prácticas.

La determinación del valor del CBP tiene una gran importancia desde la perspectiva de este trabajo, como aplicación de las conclusiones a que, sobre la naturaleza jurídica, valor y efectos de los CDCs hemos llegado en los capítulos anteriores.

Como explica la Exposición de Motivos del Decreto Ley

“El modelo de protección diseñado gira en torno a la elaboración de un código de buenas prácticas (CBP) al que, voluntariamente, podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios”.

Si arrancamos desde lo que la exposición de motivos muestra como pretensión, no estamos pues ante una Ley propiamente tal¹⁰⁰⁶, tampoco ante un contrato típico¹⁰⁰⁷, sino ante una norma que pueden observar voluntariamente las entidades de crédito, pero que sólo les afectará si se adhieren. El código (por ubicarlo en las clasificaciones que hemos establecido) es de redacción estatal¹⁰⁰⁸, fomentado por el Estado, pero la ley no lo incorpora como parte de su contenido¹⁰⁰⁹, sino que lo “llama”, de modo que estamos ante uno de esos

¹⁰⁰⁶ Aunque la inserción en una norma con rango de ley llame a confusión a cierta doctrina.

¹⁰⁰⁷ Pues no se especifica que sea un contrato. No obstante, la consideración como instrumento de Derecho opcional, podría aproximarlos: pactada su aplicación en acuerdo con valor contractual, regiría en todo lo no pactado.

¹⁰⁰⁸ Lo cual a juicio de ALONSO PÉREZ es determinante de que no podamos considerarlo un CDC propiamente tal (cfr. ALONSO PÉREZ, M.T. “El código de buenas prácticas de reestructuración viable de la deuda con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de endeudamiento de los particulares”. *Revista de Derecho civil*. Volumen II, número 2. Abril- Junio 2015. Pág. 35).

¹⁰⁰⁹ ALONSO admite que, tal vez, el hecho de que el CBP esté fuera del RD como simple anexo al mismo tal vez sea un elemento determinante de que el mismo no goce de la fuerza de Ley que tiene el resto de la norma (ALONSO PÉREZ, M.T. “El código...”. *Ob. Cit.* Pág. 36, nota 13).

códigos llamados por una ley¹⁰¹⁰ (en expresión de MALUQUER). Y aun adhiriéndose, habría que ver cuál es el régimen de obligatoriedad, pues no está nada claro. El Art. 5.3 dispone que

“Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas”.

Pese a tan rotunda afirmación, el Artículo 6, bajo la rúbrica de “*Seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas*” dispone que

“El cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas será supervisado por una comisión de control constituida al efecto”.

Comisión cuyas reglas se establecen, disponiendo la obligación de las entidades adheridas de informar sobre el cumplimiento del Código, y fijando el derecho de los particulares a presentar quejas.

La técnica empleada (llamar un CDC desde una ley) resulta chocante y novedosa para la doctrina, debido a que no tiene fácil explicación a la luz de las fuentes de las obligaciones legalmente previstas por el Art. 1089 CC. Comprenderla requiere comprender lo que es un CDC llamado por una ley en los términos estudiados. Lo que ha hecho el legislador es redactar una norma que sólo regirá si el sujeto llamado a cumplirla acepta someterse voluntariamente y opta por aplicarla¹⁰¹¹. En caso de que no lo aplique no acaba de estar claro que nos encontramos ante una obligación cuya efectividad pueda lograrse por vía judicial. Simplemente padecerá la reprobación pública y la

¹⁰¹⁰ Ver al respecto la parte de este trabajo relativas al encaje de los CDC en las fuentes del Derecho.

¹⁰¹¹ ALONSO destaca que se conceda todo el poder al acreedor. ALONSO PÉREZ, M.T. “El código...”. *Ob. Cit.* Págs. 57 y ss.

adopción en su caso de medidas (pero no se sabe cuáles) por la comisión de seguimiento. En efecto, a menos que consideremos que el Art. 5 determina un nuevo supuesto de obligatoriedad de las declaraciones unilaterales, en todo el Decreto Ley el único medio de sanción previsto es la posibilidad de presentar quejas y reclamaciones ante el Banco de España (Art. 6.6). Sin embargo, no se especifica infracción ni sanción alguna, ni tampoco se aclara (como si lo hacen en general las leyes civiles, empezando por el Art. 1091 CC en lo relativo a los contratos) qué acción nace derivada de la adhesión de una entidad de crédito al Código. Y ello, considerado desde el Art. 1090 CC, debe llevarnos a rechazar el nacimiento de una obligación jurídico- coactiva en tanto no se determine expresamente que la promulgación del CBP da lugar a una obligación fruto de la declaración unilateral¹⁰¹² en la que la adhesión de la entidad al CBP sería la declaración y la aplicación y observancia del CBP la prestación.

En éste punto debemos recordar las conclusiones (antes expuestas) a que ha llegado la doctrina al analizar el fenómeno de la autorregulación en el marco de la contratación. A decir LLACER¹⁰¹³ y CAVANILLAS¹⁰¹⁴, la adhesión al CDC integra el contenido de los contratos que celebra la entidad de crédito. Así, dichos autores han defendido que sea la integración contractual del mismo ex. Art. 61 TRLGDCU (es decir, considerándolo como parte de la publicidad) la que permita darle efectividad en beneficio del consumidor a base de darle entrada

¹⁰¹² Como ya sostuve anteriormente. Cfr. *Autorregulación y publicidad registral*. Fundación Regsitral. Madrid 2010. Pag. 44.

¹⁰¹³ LLACER MATAACÁS, R.M. “Códigos de conducta y on-line dispute resolutions: una aproximación a la privatización del Derecho”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII, Fascículo IV. Octubre- Diciembre 2009. Pag. 1551.

¹⁰¹⁴ CAVANILLAS MÚGICA, S. “Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Pons, Madrid 2010. Pag. 239.

por dicho precepto en el contrato, única fuente de obligaciones en la que por dichas normas pro-consumidores cabría su inclusión entre las fuentes de las obligaciones. Sin embargo, ésta es una vía pendiente de explorar, pues aun estando clara para la publicidad no lo está tanto para la autorregulación, cuya naturaleza publicitaria está aún por determinar. Por otra parte estaría el problema de la falta de encaje de la conducta autorregulada en la prestación objeto de los contratos que celebren las entidades adheridas.

Sin embargo, los primeros comentarios doctrinales del CBP apuntan directamente a su exigibilidad en juicio. ÁLVAREZ ROYO- VILLANOVA¹⁰¹⁵, recordando que el Código de Buenas Prácticas contempla la voluntariedad de ciertas previsiones (v.gr. artt. 2 a y 3ª del mismo), entiende que hay que predicar la obligatoriedad del resto del Código, en especial en lo relativo a la dación en pago y la novación que considera “obligatorios y exigibles en juicio”. Dicho aspecto, sin embargo, no está claro nada más que en lo relativo a la novación a la que puede compeler¹⁰¹⁶ el deudor a su acreedor, lo cual resulta del Art. 5.3¹⁰¹⁷, que forma parte del RD y que no está en el anexo que contiene el

¹⁰¹⁵ÁLVAREZ ROYO- VILLANOVA, S. “De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. EL RDL 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas”. *El Notario del siglo XXI*, número 42 <http://www.elnotario.es/index.php/97-hemeroteca/revistas/revista-42/483-de-nuevo-en-apoyo-del-deudor-hipotecario-el-rdl-6-2012-y-su-codigo-de-buenas-practicas-o-6740005311314021>

¹⁰¹⁶ Al analizar la obligatoriedad del CBP, JIMÉNEZ PARÍS señala que la consecuencia de que sea de obligado cumplimiento es la posibilidad de que se compelan las partes al otorgamiento de la escritura de novación. JIMÉNEZ PARIS, T. A. “Consecuencias legislativas...”. Ob. Cit. Pág. 2408.

¹⁰¹⁷ Junto a la regulación del Código, la adhesión al mismo y sus consecuencias, el Art. 5. 3 RDL introduce la posibilidad de exigir la novación del préstamo garantizado con hipoteca al decir: “Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte

Código de Buenas Prácticas en sí. Respecto al resto del CBP, la obligatoriedad se predica a partir de la adhesión voluntaria (en éste sentido, MUNAR BERNAT¹⁰¹⁸), pero no parece una obligatoriedad coactiva en términos propios de las obligaciones legales o contractuales sin acuerdo específico para cada deudor. Un acuerdo que no sería la mera adhesión de la entidad al CDC, sino el acuerdo de acreedor y deudor de proceder a la aplicación del CDC: producido ese acuerdo es evidente que ya hay, si, una acción en juicio, nacida del nuevo acuerdo (que no es ni el contrato incumplido, ni el RD, ni el CBP, sino la decisión voluntaria de la entidad de darle entrada). Ello lleva a ALONSO PÉREZ a explicar la técnica calificando al CBP de norma de Derecho opcional:

*que la solicite*¹⁰¹⁷. La novación resultante de las previsiones del CBP a que se refiere es la que puede llevarse a cabo como reestructuración de la deuda contemplada en el Art. 1 del CBP.

Según se desprende del Art. 5.4, la novación tendrá los efectos previstos en el art. 4.3. de la Ley 2/1994. Dicho artículo fue introducido por la Ley 41/2007 y contempla la posibilidad de que la ampliación de plazo sin ampliación de capital no conlleve la pérdida de rango hipotecario. Con ello, observamos que el legislador hace una opción decidida a favor de la ampliación de plazo de la hipotecaria preservando el rango de la hipoteca inicial como una solución viable a la crisis. Una ampliación de plazo con preservación del rango hipotecario que ha dado lugar a bastantes quebraderos de cabeza doctrinales entre los hipotecaristas. Sobre el particular vid, entre otros, SIEIRA GIL, J. “La ampliación del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la ley 41/2007” en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Fundación Registral, Madrid 2009, pp.167 a 207. VALERO FERNÁNDEZ- REYES, A. “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”. En *Jornadas de regulación del mercado hipotecario*. Fundación Registral, Madrid 2008. pp. 185 a 225. El tema ha sido objeto de discusión en la última edición del Seminario de Derecho Hipotecario de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación: cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M: “La hipoteca flotante y recargable”, ponencia impartida en el Seminario de Derecho Registral de la RAJL, 12 abril 2012, Madrid. Sobre el problema puede verse, de la misma autora “Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 90, Nº 742, 2014, págs. 660-678. Y “Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante : sus diferencias” *Anuario de derecho civil*, Vol. 66, Nº 3, 2013, págs. 1109-1161.

Con todo, hay que entender que la facultad del deudor de compeler al acreedor sólo podrá tener lugar en el estrecho ámbito de aplicación del RDL, pues siendo una especialidad respecto del régimen general de las obligaciones hay que entenderla de interpretación restrictiva. Así, debemos notar que el Artículo supedita la aplicación a que “*se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión*”.

¹⁰¹⁸ MUNAR BERNAT, P. “Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago”. En NUÑEZ IGLESIAS, A. (Dir). *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Comares, Granada 2014. Págs. 77 a 87. Pág. 78.

“Cuando el prestatario deudor se encuentra en el umbral de exclusión y presenta dificultades para hacer frente a la deuda (o ya la ha incumplido) y concurren todos los demás requisitos exigidos por el RD-ley 6/2012, las partes pueden optar por aplicar, o bien las normas conforme a las cuales el acreedor podría ejecutar la garantía hipotecaria, o bien el CBP que proporciona soluciones más beneficiosas para los intereses del deudor.....son las dos partes en la relación las que deben convenir –una vez que se cumplen los requisitos fijados por la ley- en la aplicación del CBP: la entidad acreedora mediante su adhesión y el deudor solicitando la aplicación de las medidas que contiene”¹⁰¹⁹.

La comprensión del fenómeno creo que es más clara si, además de considerarlo desde la teoría general de las obligaciones, volvemos a la teoría general del Derecho, y desde la posición que aquí hemos mantenido sobre el valor de los CDCs: los hay que se incorporan a leyes o contratos y son obligatorios en sentido de tener *vis directiva* y *vis coactiva*, pero hay otros que son meramente persuasivos¹⁰²⁰ y por tanto solo ejercen una fuerza directiva, además de la *vis atractiva* de la ejemplaridad¹⁰²¹. Desde la teoría general podríamos decir que estamos ante una norma sin coacción. ¿Qué valor tendría entonces? No siendo parte de un instrumento legal (Ley o contrato) con efectos coactivos determinados (cosa que en ocasiones si que son), podrían aproximarse a una fijación por escrito de lo que la convención social entiende como más valioso y ejemplar. Ello parece lo más razonable. Hay que pensar que el poder del Estado no ha querido imponer las reglas que llama a través de un CBP. Ha confiado en la voluntad e implicación de los entes autorregulados, que con ello han logrado evitar una intervención estatal más consistente (como señala MUNAR, explicando la adhesión masiva de las entidades de crédito¹⁰²²). Y es

¹⁰¹⁹ ALONSO PÉREZ, M.T. “El código...”. *Ob. Cit.* Pág. 37.

¹⁰²⁰ Ver el apartado f) del Capítulo 2.

¹⁰²¹ Sobre estos conceptos no remitimos a los capítulos 2 y 6.

¹⁰²² MUNAR BERNAT, P. “Códigos de buenas prácticas...”. *Ob. Cit.* Pág. 78

que no podemos olvidar que en nuestro sistema de Derecho de obligaciones, se deben respetar los pactos¹⁰²³. Adquirido un derecho (el derecho a cobrar sobre todo el patrimonio del deudor por parte de los acreedores: la responsabilidad patrimonial universal del Art. 1911 CC), no cabe privar a nadie del mismo con una ley sin determinados límites, entre los que se encuentra la irretroactividad¹⁰²⁴ (Art. 9 de la Constitución). Ello imposibilitaría imponer la dación por ley y con carácter retroactivo que demandaban ciertos sectores. Ahora bien, el que no puede imponerse, no significa que no quepa persuadirse, considerando como lo más adecuado a la moral comunitaria de la España actual la aceptación de daciones en pago de deudores en riesgo de exclusión. Cuando se dictó el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de Diciembre de 2010¹⁰²⁵ (AC 2011/1 Aranzadi), antecedente de gran importancia respecto al Real Decreto Ley que examinamos, se acusó al mismo de contrario a Derecho diciendo que había apostado por la moralidad antes que por la legalidad (cfr. MENDEZ¹⁰²⁶). Si es moralidad *extra legem* y no legalidad de lo que tratamos, la ley no podría imponerla sin ciertos límites. Lo que si podría es persuadirla, proponerla, y es precisamente lo que hace a través del CBP dispuesto por la Ley.

¹⁰²³ Sobre el problema de la cláusula rebus en relación a la causa y la importancia de los CDCs como solución blanda, ver el apartado correspondiente del capítulo 5.

¹⁰²⁴ No obstante lo cual, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra que dio lugar a la polémica generadora del Real Decreto, admitió la extinción de la deuda por dación respecto de una relación jurídica nacida antes.

¹⁰²⁵ El auto llega a afirmar que la ejecución hipotecaria con base en la pérdida de valor de la finca hipotecada «no constituiría un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo» (FJ 3º).

¹⁰²⁶ “La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 815. 2011.

Ello es, por otra parte, más efectivo, pues si nos moviésemos en la imposición de un gravamen, la “ingeniería jurídica” comenzaría a funcionar, de modo que se procuraría huir de todo atisbo de compromiso atractivo o directivo, que es precisamente lo contrario de lo que se pretende.

Siendo así las cosas ¿Podríamos entender que el RD no reconoce entonces derecho subjetivo alguno capaz de alterar las condiciones de los deudores incluidos en su ya estrecho ámbito de aplicación? Analizado el mismo en pura teoría general de la obligación, no¹⁰²⁷ (a menos que medie el acuerdo expreso que determina la aplicación de esa norma de Derecho opcional). Como mucho, cabría entender que el Art. 5 da pie a defender que estamos ante una obligación nacida de la Ley para las entidades que se adhieran al CBP en tanto se habla de la obligatoriedad del Código. Sin embargo, la falta de claridad, los Artt. 1089 y 1090 CC, la doctrina sobre la declaración unilateral, el hecho de que la Exposición de Motivos parte de que no se quiere cambiar el régimen de las hipotecas, y el sistema de vigilancia del Art. 6, podrían hacer pensar en lo contrario. Por ello, considero que lo más correcto es estimar que el CBP no obliga en sentido coactivo sino que a lo sumo impone deberes jurídicos no coactivos. Deberes cuya sanción será el reproche, la abstención de los consumidores, el desprestigio etc (sanciones propias del incumpliendo de los mandatos morales y de los deberes nacidos de ciertas costumbres), pero en ningún caso la aplicación coactiva del CBP si no ha habido un pacto *ad hoc*.

4.3.4. Consideraciones críticas.

¹⁰²⁷ Como he sostenido con anterioridad en mi trabajo “El Registro, la hipoteca...”. *Ob Cit.*, Pág. 61.

La solución adoptada, resulta (al menos eso parece por los comentarios) algo desconcertante para los juristas, que dan por hecha la obligatoriedad y exigibilidad en juicio de la dación en pago, aspecto que no nos resulta en absoluto claro si valoramos el “desencaje” de los códigos respecto de las fuentes de las obligaciones en los términos examinados en la primera parte de este trabajo.

Sin embargo, aun desde la tesis mantenida, tal vez sea la mejor solución, sobre todo si valoramos los efectos perjudiciales que podría conllevar la imposición de la dación en pago, pero lo conveniente que puede ser la aceptación voluntaria de la misma. En efecto, en caso de imposición, por ley y para todos los acreedores, subirían los intereses y se acortarían los plazos de los préstamos, pues la hipoteca sería menos garantía de lo que actualmente es; pero en caso de aceptación voluntaria, unas podrían competir con otras ofreciendo la dación como remedio¹⁰²⁸, lo cual unido a que no altera la responsabilidad patrimonial universal si no se quiere aplicar el CBP, no aumentará el interés, porque no se aumenta el riesgo (la posibilidad legal de reclamar contra otros bienes del deudor, siempre queda abierta, aunque por compromiso de ejemplaridad no se ejercite).

Evitar la imposición constituye un acierto, entendiendo la autorregulación en el sentido no coactivo indicado. En caso de imposición por vía de la aplicación del CBP, los acreedores intentarían evitar al deudor en el umbral de

¹⁰²⁸ Y ofreciendo también de algún modo la ejemplaridad de una conducta autorregulada, lo cual conecta con la abstención del consumidor y el carácter político del acto de consumo de que hemos tratado en el capítulo 6.

exclusión, lo cual podría beneficiar a parados presentes pero perjudicar a los futuros¹⁰²⁹.

El deudor por su parte, si no tiene otra salida, podría buscar voluntariamente encontrarse en el ámbito de aplicación del RD¹⁰³⁰.

El Real Decreto Ley, tiene por tanto de positivo que se articula una solución persuadida sin imponerla, solución que dista de las de Derecho comparado, y que concede un nuevo rol a la autorregulación en el ámbito del mercado inmobiliario¹⁰³¹.

4.3.5 El CBP: solución española frente a la legislación comparada

La solución del CBP es de momento sólo española. Los países de nuestro entorno en los que se han adoptado soluciones a las situaciones de insolvencia han recurrido normalmente a la intervención de órganos del Estado canalizando todo a los procedimientos por los cuales se tramitan las situaciones de quiebra o concurso de acreedores. Tal es el caso del sistema francés o del italiano.

¹⁰²⁹ Como indica ARRUÑADA, “puede darse el caso de que apenas beneficie a los parados actuales pero impida acceder al crédito hipotecario a los trabajadores con riesgo de paro en el futuro” (ARRUÑADA, B. “La reforma de la responsabilidad hipotecaria”. En *RCDI*. Nº 731. Mayo-Junio 2012. Pags. 1259 a 1289. Pag. 1277).

¹⁰³⁰ “Piénsese al respecto en el trabajador de bajos ingresos cuyo cónyuge esté ya en paro, para quien, al poder acogerse a los beneficios de la norma, resultará ahora más rentable quedar también en el paro, especialmente si puede operar dentro de la economía sumergida” (ARRUÑADA, B. “La reforma...”. *Ob. Cit.* Pag. 1277).

¹⁰³¹ Como señala DIAZ RUIZ “estamos ante una norma que...es innovadora, por cuanto introduce el concepto de Código de Conducta o de buenas prácticas a una actividad hasta ahora estrictamente regulada por normas imperativas”. El CBP “puede significar un punto de inflexión, especialmente si, de modo realmente voluntario, las entidades de crédito comienzan a elaborar códigos de buenas prácticas de aplicación general a su clientela” (DIAZ RUIZ, E. “Código de buenas prácticas...”. *Ob. Cit.* Pág. 130).

En Francia¹⁰³², el art. 331-7¹⁰³³ del *Code de la consommation*¹⁰³⁴, determina un régimen de intervención estatal a través de la comisión de sobreendeudamiento¹⁰³⁵, la cual puede adoptar una serie de medidas¹⁰³⁶.

En Italia, LEGGE 27 gennaio 2012, n. 3 de *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonche' di composizione delle crisi da sovraindebitamento*¹⁰³⁷ contempla igualmente la intervención de órganos de composición que procuran el acuerdo entre acreedores y deudor¹⁰³⁸.

En España, parte del problema ha sido abordado por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Dicho RDL ha sido sin embargo criticado por la doctrina por cuánto permite la reviviscencia de las

¹⁰³² Sobre el sistema francés, debemos considerar la exposición realizada en la doctrina española por SERRANO GÓMEZ, E, ANGUITA VILLANUEVA, L. ORTEGA DOMENECH, J. “Sistemas de tratamiento de las persona física”. En CUENA CASAS, M. Dir. *Familia y concurso de acreedores*. Civitas, Cizur menor 2010. Págs. 63 a 79. Asimismo, desde la doctrina procesalista FERNÁNDEZ CARRÓN, C. *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*. Aranzadi, Cizur menor 2008, Págs. 82 a 109.

¹⁰³³ Modificado en su versión actual por las LOIS n°2013-672 du 26 juillet 2013 y n°2014-344 du 17 mars 2014.

¹⁰³⁴ Vid. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=02B5A467687CD628E65C13663DEE34BD.tpdila07v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006146587&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20150707 (descargado el 7 de Julio de 2015).

¹⁰³⁵ Cuya composición determina el art. 331-1.

¹⁰³⁶ Un tratamiento sistemático del mismo puede encontrarse en LOPEZ SAN LUIS, R. El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia, *Revista de Derecho Civil*, volumen II 2015, pp. 207-228.

¹⁰³⁷ Cfr. <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012;3> (consultado el 7 de Julio de 2015).

¹⁰³⁸ Puede verse el estudio de SARCINA, A. *En Il sovraindebitamento civile e dil consumatore*, Euriconv, 2014. Págs. 123 a 153.

deudas finalizado el procedimiento (CUENA CASAS¹⁰³⁹) y en consecuencia no hay propiamente una redención total que abra las puertas a la segunda oportunidad. El mismo introduce medidas dentro del concurso de acreedores y en relación a la ejecución hipotecaria que procuran una respuesta más general, con diferencias pero que vendrían a ser la versión española de las respuestas normativas adoptadas en los Estados de nuestro entorno.

Pero a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, en España gozamos de una norma particular (cual el RDL 6/2012) dirigida (así lo dice su exposición de motivos) a la protección en las situaciones de insolvencia en las que se ve afectado el derecho a la vivienda. Y siendo tan importante en el ámbito de la vivienda la existencia de un mercado¹⁰⁴⁰ capaz de abastecer las necesidades habitacionales de la población, se ha querido evitar la imposición de soluciones que redujesen el marco de responsabilidad patrimonial universal en que descansa el sistema inmobiliario, promoviendo la autorregulación, y dando una solución *ad hoc* relacionada con el derecho a la vivienda (sin perjuicio de las soluciones específicas que existen el RDL 1/2015). Solución que podría dejar de ser una rara avis española, si consideramos la llamada a la prudencia (voluntaria y sin imposiciones) que se realiza por parte de la Directiva de 2014 en materia de protección a los consumidores de bienes inmuebles de uso residencial.

¹⁰³⁹ “¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente?”. En HayDerecho.com. <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/> (consultado el 7 de Julio de 2015).

¹⁰⁴⁰ Como he sostenido en mi artículo VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “Un nuevo mercado de la vivienda”. En *forumlibertas.com*, 17 de Junio de 2015. http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=33949 (consultado el 7 de Julio de 2015).

4.3.6 Tratamiento registral del CBP

Aplicando la teoría mantenida en el presente trabajo sobre la naturaleza jurídica de los diferentes códigos de conducta, así como la posible publicidad de los mismos y sus efectos, procedería ahora plantearse el tratamiento registral del CBP.

Para procurar construir este tratamiento, hemos de tener presente que:

1º Según hemos mantenido, a falta de un nuevo pacto que haga que el CBP forme parte del contrato, el mismo no forma parte del contrato de préstamo en su caso garantizado con hipoteca.

2º El código de buenas prácticas es un código llamado por una Ley /el RD 6/2012), procedente del Gobierno y que se publicó junto con la misma Ley. El contenido del Código, por tanto, fue objeto de publicidad en el BOE. El dato de la adhesión de una u otra entidad de crédito fue también objeto de publicación por el mismo cauce.

3º Por otra parte, la aplicabilidad del CBP no depende sólo de un acto voluntario de acreedor y deudor. Para que el deudor pueda solicitar que el CBP se aplique es necesario, además, que el deudor esté dentro de las estrictas condiciones de aplicación del CBP. Este dato, al momento de extenderse la inscripción, no puede conocerse, sino que es un dato que depende de acontecimientos posteriores.

Teniendo estos tres elementos presentes, podremos comprender fácilmente que el código de conducta, en tanto no está entre los datos que deben incorporarse a la inscripción del derecho de hipoteca (Art. 12 LH), y en tanto ya es objeto de publicación en el BOE, no tendría sentido que se reflejase en el Registro.

Más interesante y defendible si que resultaría reflejar la adhesión del acreedor. Y ello porque aunque la misma podría conocerse mediante la consulta de los boletines oficiales, la búsqueda en ocasiones es mucho más sencilla, y el dato puede resultar interesante en términos parecidos a como interesa la aplicación de una condición general (aunque tal vez ya esté inscrita en el Registro de condiciones generales) concreta en un contrato determinado (si bien que las mismas solo se hacen constar en tanto sean financieras o de vencimiento anticipado de una hipoteca o en tanto tengan trascendencia real en cualesquiera casos, pero la ratio de la publicidad sería aquí la misma: conocer la aplicabilidad del CBP, en tanto puede determinar el ejercicio del derecho de hipoteca, en el concreto caso de una obligación garantizada).

Pero dado que la aplicabilidad del CBP depende ante todo de las particulares circunstancias del deudor, y que estas importan, no al momento de constituirse la hipoteca (que es cuando la misma se inscribe), sino al momento del incumplimiento que en su caso podría suscitar la ejecución¹⁰⁴¹, la publicidad siempre estaría mermada por la falta de este dato. Por ello, en caso de que reflejásemos en la inscripción como una cláusula que afectase al vencimiento del préstamo al adhesión de la entidad acreedora al CBP, deberíamos también reflejar que el deudor se encuentra en el ámbito de aplicación del código. Ello podría llevarse a cabo, bien por acreditación de los requisitos por el deudor en cualquier momento (pensemos en cualquier novación, que de lugar al

¹⁰⁴¹ Ocurre pues lo mismo que en el caso de ciertos gravámenes que son interesantes para obtener una información completa sobre un derecho inscrito, y sin embargo no se pueden reflejar en tanto el acontecimiento determinante no ha tenido lugar todavía al momento de la inscripción, cual es el caso de la revocabilidad de donaciones por las causas de los Artt. 644 y 648 CC o bien la eficacia del derecho de reversión sobre bienes donados por un ascendiente por muerte del heredero sin descendencia (Art. 812 CC). Me he referido a estos casos y el problema de su falta de publicidad para la formación del contrato en “La información registral en la formación del contrato”. En PARRA LUCÁN, M. A. (Coord). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014. Págs. 505 y 506.

correspondiente reflejo registral¹⁰⁴²), bien cuando este solicita la información registral a que se refiere el art. 3.3.c. 1º del Real Decreto- Ley.

Dicha constancia, que todavía no permite la ley, sería muy interesante para terceros como potenciales adquirentes de la hipoteca o de lo hipotecado, o como titulares de cargas posteriores (a quienes se suele informar de las vicisitudes de la hipoteca, cfr. Art. 688. 2 LEC¹⁰⁴³), pues no es lo mismo subrogarse en una hipoteca con un deudor que reúna los requisitos del CBP que con uno que no los reúna. Pese al interés que puedan tener terceros, la publicación de ese dato sería por tanto perjudicial¹⁰⁴⁴ al deudor, que es a quien se pretende beneficiar. De modo que aunque interese desde el punto de vista de la información, resulta dudoso que debamos reflejar este dato de cara a terceros, razón por la cual tal vez haya que concluir que:

Siendo el código de buenas prácticas un código de elaboración gubernamental y publicado en un boletín oficial, no tendría sentido reflejarlo en la inscripción registral de las hipotecas a que afecte. Si podría resultar, en cambio, interesante, reflejar la adhesión del acreedor al código, aunque conste en el BOE, pues es un dato concreto que puede resultar interesante. Interesante pero no suficiente, pues lo determinante de la aplicación del CBP es que el deudor reúna las condiciones para que se le aplique. Y siendo dicha constancia perjudicial para el deudor, no merece la pena proponerla.

¹⁰⁴² Cfr. Art. 144 LH.

¹⁰⁴³ Si bien es cierto que a efectos procesales, para garantizar la legitimación, y no tanto a efectos de que información sea completa.

¹⁰⁴⁴ Indicaba ARRUÑADA (“La reforma de la responsabilidad....”. *Ob. Cit.* Pag. 1277) que el CBP podía perjudicar a deudores hipotecarios futuros que estuviesen en la misma situación que los que se hallan en el ámbito de aplicación del CBP. Como se puede observar aquí, podría llegar a perjudicar a quienes pretendía beneficiar.

Lo que si que sería interesante, precisamente por razones que aquí quedan ya apuntadas, sería el reflejo de otros hipotéticos códigos de entidades de crédito diferentes del de buenas prácticas. Pero de ese asunto nos encargaremos en apartado posterior.

4.4. La tendencia a la entrada de la autorregulación en el mercado inmobiliario: La Directiva 2014/17/CE y su invitación a la prudencia

La irrupción de la autorregulación en el mercado inmobiliario, se ha producido en un momento caracterizado por el endurecimiento de la legislación protectora de los consumidores en el ámbito inmobiliario (cfr. La Ley 1/2013 vista). Un endurecimiento que se encuadra en la tendencia a una mayor protección (a base de aumentar la información, fundamentalmente –no, por tanto, a base de disminuir derechos de los acreedores-) del Derecho comunitario. Ahora bien, dicho endurecimiento parece tener un límite (por el cual se imponen más y más obligaciones formales, pero no se altera el sistema de autonomía privada- responsabilidad, según lo conocemos¹⁰⁴⁵): hay una frontera que no se quiere superar, cual es la de los derechos subjetivos de los acreedores hipotecarios. Pero para evitar abusos por parte de los mismos, y sin llegar a fijar unas condiciones para el ejercicio del derecho más allá de las cuales

¹⁰⁴⁵ Pues, aunque genere situaciones de ejecución masivas consecuencia de un masivo e inesperable incumplimiento de las deudas, es una base demasiado sólida del mercado común como para renunciar a ella.

el ejercicio se reputase abusivo¹⁰⁴⁶, se ha optado por persuadir a los acreedores a observar conductas prudentes.

Así, la Directiva 2014/17/ UE¹⁰⁴⁷, aun cuando contiene un amplio elenco de reglas que introducen mayores exigencias de información y educación financiera a los consumidores en materia inmobiliaria, no parece querer irresponsabilizar a los consumidores, pero tampoco dejarles en el total desamparo: se opta por introducir sugerencias a los acreedores. Así, el artículo 28 dispone que:

“1. Los Estados miembros adoptarán medidas¹⁰⁴⁸ para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.

2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.

3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos.

¹⁰⁴⁶ Sería planteable desde el punto de vista de la función social de la propiedad: si se admite que se concedan derechos al arrendatario, al consumidor o a la colectividad (cfr. Límites a la construcción) a costa del patrimonio privado de alguien, no sería del todo descartable pensar en el sometimiento del ejercicio de los derechos de garantía a límites. Al menos de forma teórica, pues en la práctica si se cercena la garantía, se pedirán otras garantías.

¹⁰⁴⁷ Como indican DIAZ- ALABART y ALVAREZ MORENO, “es una de las pocas ocasiones en las que el acervo comunitario sobre protección del consumidor regula sectores relacionados con los inmuebles” (DIAZ- ALABART, S. y ALVAREZ MORENO, M.T. “La Directiva 2014/17, de 4 de Febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”. En DIAZ ALABART, S. (Dir).- REPRESA POLO, P. (Coord). *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/ UE)*, Reus, Madrid 2015. Pág. 15).

¹⁰⁴⁸ No se señala que tipo de medidas, que pueden ir desde los estímulos fiscales, como la Ley 5/2012 de la Generalitat de Catalunya, a la promoción de CDCs. DIAZ ALABART y ALVAREZ MORENO, señalan entre ellas la posibilidad de pagos posteriores, a en vista de los cuales se puede llegar a acuerdos para renegociar la deuda, pactar un periodo de carencia (supuesto habitual en la práctica registral), ampliando plazos de devolución y/o reduciendo en consecuencia la cantidad a pagar en cada plazo (*Ob. Cit.* Pág. 35).

4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito¹⁰⁴⁹.

5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria.

Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.”

El Art. 28 introduce conceptos tales como “razonablemente tolerantes” que no terminan de resultar claros a los juristas¹⁰⁵⁰, acostumbrados a mayores precisiones: ALBIEZ cuestiona como se podrá concretar legalmente esta tolerancia razonable si partimos del problema de que el acreedor siempre querrá ejecutar su crédito con la mayor rapidez posible¹⁰⁵¹. La respuesta a dicha pregunta de cómo se concretará legalmente esa invitación a la razonabilidad la tenemos en la autorregulación: se promulgarán normas persuasivas que inviten a una conducta que se considere ejemplar por parte de las entidades de crédito. Conducta que sin embargo, no se entiende adecuado imponer por seguridad jurídica. Las únicas previsiones de *ius cogens* son los límites a los importes de los recargos por impago que se contemplan en los apartados 2 y 3 del artículo.

¹⁰⁴⁹ La redacción es chocante (“no impedirán” no parece la expresión más elocuente para decir que se debe permitir por la ley algo), pero viene a significar que se debe facilitar que se pacte la dación en pago. Que se pacte en su caso, pero no que se imponga, que es lo que pretenden algunos. Siendo este el margen de la autonomía de las personas, no habiendo por tanto imposiciones, pero habiendo una demanda ciudadana de conductas ejemplares y razonables, es evidente que el camino puede ser la autorregulación.

¹⁰⁵⁰ A decir de ALBIEZ, la terminología no es la habitual a la que están acostumbrados los juristas españoles, y hasta el momento prácticamente sólo se ha usado en el ámbito bancario (ALBIEZ DOHRMANN, K.J. “Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial”. *Revista de Derecho civil*. Volumen II, número 2. Abril- Junio 2015. Pág. 5).

¹⁰⁵¹ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. *Idem*. Pág. 6.

El resto se deja a la tolerancia razonable en el ejercicio del derecho subjetivo de los acreedores. Se indica, eso sí, que los estados deberán contemplar la *cesio pro soluto* (adjudicación en pago, dación) como forma de extinción de la obligación garantizada. Si leemos el precepto desde la óptica del CBP, el mismo encaja perfectamente en lo que pide la Directiva: se pide (sin imponer) razonabilidad, ejemplaridad, a los acreedores, y se indica como una vía adecuada de realizarla, la dación en pago.

Esto abre un campo a la autorregulación (campo que ya va teniendo sus hitos en el Derecho comunitario¹⁰⁵²) que confirma todo lo que hemos dicho hasta ahora: no se considera razonable que se impongan conductas a los bancos (por las razones apuntadas), pero sí el fomento de comportamientos. El mejor medio para lograrlo, evidentemente, sería la autorregulación en tanto norma directiva (con *vis directiva*) sin coacción. La ausencia de coacción está presente en otros de los preceptos de la Directiva, pues determinan pautas de comportamiento¹⁰⁵³ cuya infracción no será necesariamente sancionable de

¹⁰⁵² Como indica ALBIEZ (*Loc. Cit.* 6), hay otras Directivas reguladoras de la actividad bancaria que no introducen referencias a la prudencia (2008/48/UE), pero esto sí que se produce en las más recientes como la Directiva 2013/36/UE de 26 de Junio. ¿Por qué en las más recientes? (podríamos preguntarnos) la respuesta a dicha pregunta hay que buscarla en el progresivo deterioro de las condiciones crediticias y de solvencia a que ha llegado la crisis: el legislador, sabedor de que hacía falta algo más que declaraciones, subsidios, recortes, rescates....pero sabiendo que una imposición podría ser letal para el crédito y préstamo a las clases populares, ha optado por dar normas directivas y no coactivas que procuren comportamientos ejemplares.

¹⁰⁵³ Es ilustrativo el Artículo 7, que bajo la rúbrica “Normas de conducta en la concesión de créditos al consumidor” dispone que “1. Los Estados miembros exigirán que, al elaborar productos crediticios o conceder créditos, o prestar servicios de intermediación o de asesoramiento sobre el crédito y, en su caso, servicios accesorios a los consumidores, o cuando ejecuten un contrato de crédito, los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores. Por lo que se refiere a dicha concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del consumidor y en cualquier requisito específico que haya dado a conocer un consumidor, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito. En cuanto a la prestación de servicios de asesoramiento, la actividad se basará también en la información requerida en el artículo 22, apartado 3, letra a).

modo directo (se deja por el Art. 38¹⁰⁵⁴ en manos de los Estados la determinación de las sanciones, y a buen seguro las conductas sancionables no serán todas las que vayan contra los comportamientos buscados por la Directiva –fundamentalmente artts. 7 a 16- sino sólo las que causen daño directo), tiene un fuerte componente directivo y no coactivo, lo cual también confirma lo dicho sobre las normas sin sanción.

Ahora bien, ¿qué tipo de autorregulación? De los diferentes tipos de CDCs que hemos examinado, todo parece indicar que el camino sería el de los aprobados por los poderes públicos, aun sin llegar a ser normas con rango de

2. Los Estados miembros velarán por que la forma en que los prestamistas remuneren a su personal y a los intermediarios de crédito, y la forma en que estos últimos remuneren a su personal y a los representantes designados, no impidan cumplir la obligación contemplada en el apartado 1.

3. Los Estados miembros velarán por que, al establecer y aplicar las políticas de remuneración de las personas responsables de la evaluación de la solvencia, los prestamistas cumplan los siguientes principios de la manera y en la medida adecuadas a su formato y organización interna y la naturaleza, alcance y complejidad de sus actividades: a) la política remunerativa será compatible con una gestión sana y eficaz del riesgo, promoverá este tipo de gestión y no ofrecerá incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de riesgo tolerado por el prestamista; b) la política remunerativa estará en consonancia con la estrategia empresarial, los objetivos, los valores y los intereses a largo plazo del prestamista e incorporará medidas para evitar los conflictos de interés, en particular estableciendo que la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas.

4. Los Estados miembros garantizarán que, cuando los prestamistas, los intermediarios de crédito o los representantes designados ofrezcan servicios de asesoramiento, la estructura de las remuneraciones del personal involucrado no afecte a su capacidad de actuar en interés del consumidor y, en particular, no dependa de los objetivos de venta. A tal fin, los Estados miembros podrán, de forma adicional, prohibir las comisiones pagadas por el prestamista al intermediario de crédito.

5. Los Estados miembros podrán prohibir o imponer restricciones a los pagos de un consumidor a un prestamista o intermediario de crédito antes de la conclusión de un contrato de crédito.”

¹⁰⁵⁴ Artículo 38 Sanciones “1. Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Esas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. 2. Los Estados miembros autorizarán a las autoridades competentes a hacer pública cualquier sanción administrativa que vaya a imponerse por incumplimiento de las disposiciones adoptadas para la transposición de la presente Directiva, a menos que dicha divulgación pueda suponer un grave riesgo para los mercados financieros o causar un perjuicio desproporcionado a las partes implicadas.”

ley. La Directiva está pendiente de incorporación al ordenamiento español central. La incorporación de la misma nos mostrará el camino por el que se opta. En Catalunya se he llevado a cabo una trasposición de la misma que ha sido calificada de “avant la lettre” (BARRAL¹⁰⁵⁵) por la Ley 20/2014 de 29 de Diciembre que de momento no incorpora norma alguna de auto- regulación¹⁰⁵⁶ (solo normas dirigidas a la información de los consumidores). Por otra parte, la doctrina apunta ya algunas exigencias¹⁰⁵⁷ de seguridad jurídica que están muy bien pero que parecen más bien pensadas para normas coactivas que para normas meramente persuasivas como las que proponemos en el presente trabajo.

Si valoramos en su conjunto la Directiva, el RD 6/2012, las demás leyes que han abordado el problema del sobreendeudamiento, las soluciones en el Derecho comparado, y las anteriores consideraciones, todo parecería indicar que el camino a seguir podría ser la autorregulación mediante nuevos CDCs llamados por una ley. CDCs o de Buenas Prácticas que, si el problema sigue creciendo, seguirán creciendo en su ámbito de aplicación como crece el CBP del RD 6/2012 en sus sucesivas reformas. Códigos que en condiciones normales deberían aparecer en otros Estados al compás de la Directiva (Art. 28) y que en condiciones normales fijarán pautas ejemplares para el ejercicio de los derechos de crédito por los acreedores, recomendando opciones para los mismos como es

¹⁰⁵⁵BARRAL, I. *Pobreza energética y préstamos hipotecarios: nuevas medidas en la reforma del código de consumo de Catalunya*. <http://hayderecho.com/2015/06/25/pobreza-energetica-y-prestamos-hipotecarios-nuevas-medidas-en-la-reforma-del-codigo-de-consumo-de-catalunya/> (consultado el 26 de Junio de 2014).

¹⁰⁵⁶ Lo cual a mi modo de ver hace cuestionable la afirmación de que la trasposición haya sido tan literal, pues aun cuando es cierto que la Ley recoge muchas cosas de la Directiva, no llega a dar solución a la incorporación al ordenamiento del art. 28, que seguramente se llevará a cabo por medio de un nuevo Código de Buenas Prácticas.

¹⁰⁵⁷ ALBIEZ, *Loc. Cit.* Pág. 6.

la aceptación voluntaria de las adjudicaciones o daciones en pago de deudas, sobre la base de la justicia que las mismas revisten¹⁰⁵⁸.

4.5 El posible tratamiento registral de otros códigos de buenas prácticas de acreedores.

Decíamos más arriba con ocasión del CBP introducido por el RD 6/2012, que la constancia registral del mismo no tenía sentido por cuanto su contenido y la adhesión de las entidades de crédito se puede conocer por el BOE, y la constancia de que el deudor tiene las condiciones para exigir su aplicación es un dato cuya publicidad podría perjudicar al deudor.

Por contra, cuando se trate de códigos propuestos por las propias entidades, sin obligación pero por compromiso, no sería en absoluto descabellado que el código se diese a conocer, ya se incorporase el código al contrato de préstamo mejorando las condiciones, ya se tratase de un compromiso no contractual.

En estos casos tendría, por las razones vistas, todo el sentido dar publicidad registral al código:

1º Para que al pasar por el filtro de la calificación se pudiese juzgar de su legalidad;

2º Para que cualquier persona pudiese conocer el mismo;

3º Para que los terceros que en su caso se relacionen con la entidad o tengan interés en la finca hipotecada de que se trate, puedan en su caso conocer

¹⁰⁵⁸ Aun cuando el valor actual de los bienes no extingue la deuda, es opinión común que, considerados los valores de tasación pasados y potenciales, el acreedor se queda con más de lo que, de presente, le entrega el deudor o hipotecante no deudor. Ello es lo que hace que, sin llegar a considerar abusiva la ejecución, se considere la misma excesivamente lesiva para la sociedad. Pero no siendo razonable establecer límites (probablemente inconstitucionales) al ejercicio de los derechos de crédito, se opta por las recomendaciones por medio del fomento de la autorregulación.

un elemento como el código de conducta que podría afectar al ejercicio del derecho por parte del acreedor.

La constancia podría producirse en tres formas, a mi modo de ver:

1º Si el CBP de que se trate se incorpora a las condiciones generales del acreedor que lo va a observar, en el Registro de Condiciones Generales, pero también en el Registro de la Propiedad cada vez que se inscriba un derecho garantizando contratos en cuyo cumplimiento pueda el código influir.

2º En el registro mercantil, siempre que el mismo se abriese a códigos en los términos propuestos.

CONCLUSIONES

-I-

La realidad de los códigos de conducta es amplísima. Hay muchos tipos de códigos, procedentes de diferentes fuentes (el Estado, entidades que agrupan a otras, o bien las mismas entidades autorreguladas).

Ante una realidad tan amplia se puede procurar una clasificación y por ello hemos procurado diferenciar los códigos procedentes de los particulares de los códigos de conducta procedentes del legislador. Los primeros no siempre son auto-impuestos, sino que en ocasiones se imponen a partir de la pertenencia a la entidad que los promueve. Los segundos tampoco son siempre una norma estatal, sino que a veces son una suerte de recomendación del Estado a través de la potenciación del código o de la invocación al mismo por parte de una ley.

-II-

1º Vistos en las fuentes del Derecho, los códigos de conducta en ocasiones se publican dentro de una ley. Sin embargo, no siempre son parte del contenido de la misma ni con sus efectos obligatorios: en ocasiones hay leyes que se remiten a códigos de elaboración privada o a normas de elaboración estatal sin sanción y son lo que la doctrina denomina “códigos llamados por una ley”. El problema es que, en muchos casos, la ley no se pronuncia sobre si el código de conducta es parte de la ley, o un instrumento complementario al que la ley llama.

2º Por otra parte, determinadas leyes contienen mandatos de conducta sin sanción y existen normas generales de las Administraciones que también

reglan comportamientos sin sanción. Reglas que suelen ser denominadas código de conducta y que constituyen un conjunto de reglas no vinculantes de difícil caracterización.

3º Códigos vinculados a una ley, aun sin dejar claro el valor y efectos de los mismos, existen en una gran abundancia de casos.

Estos códigos normalmente no imponen conductas alegales ni ilegales, sino legales, aspirando a algo más que lo que la ley exige. Aparecen de este modo procurando suscitar una costumbre. Muestran así el imponente papel que a los mismos les corresponde a la hora de promover costumbres *secundum legem*, llamando (sin imposición legal) a comportamientos que la ley no quiere imponer, pero que se reputan necesarios.

4º En la bipartición del ordenamiento en reglas y principios, los códigos de conducta son una propuesta de comportamiento acorde a principios, pero no siempre se señalan comportamientos reglados susceptibles de cumplimiento taxativo, sino que se establecen mandatos de optimización de los sujetos, susceptibles de cumplimiento en grado.

Los códigos son así un cauce para el desenvolvimiento del papel informador del ordenamiento que han de tener los principios, especialmente, en el Derecho patrimonial, la buena fe. Algunas Sentencias dictadas en el ámbito laboral han apreciado transgresión de la buena fe por incumplir códigos, aun cuando los mismos no formasen parte de la conducta- prestación contractual.

-III-

1º En las fuentes de las obligaciones, la ubicación de los códigos de conducta no resulta sencilla por la gran variedad de supuestos. En ocasiones,

los mismos podrían ser vistos como declaraciones unilaterales capaces de generar obligaciones, quedando entonces sus efectos supeditados a la eficacia que se quiera dar a la declaración unilateral.

2º Por otro lado, los códigos juegan un importante papel en relación con el contrato, habiéndose alcanzado por la doctrina diferentes soluciones: para algunos son contratos normativos y para otros, elementos de integración de los contratos.

Los códigos pueden jugar así un papel para suscitar confianza, sobre todo en contratos de cumplimiento dilatado en los que la aleatoriedad de las circunstancias modifica para una de las partes las condiciones iniciales, pero no en grado bastante para una alteración de los derechos mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

3º El rol de los códigos en relación a los contratos plantea dos problemas importantes, uno en relación a los sujetos, y otro en relación al objeto.

Respecto de los sujetos, estando los códigos llamados a regir una pluralidad de contratos de un mismo contratante, suele ocurrir que, al no incorporarse a todos sus contratos, no todos sus co-contratantes tienen la condición de acreedores de la conducta, sino sólo algunos.

Así, a veces ocurre que quien ofrece el código a los consumidores para suscitar en ellos confianza, lo hace respecto de una conducta que sin embargo no es parte del contrato con dichos consumidores, sino con los proveedores. De este modo, quien ha querido suscitar dicha confianza es acreedor de lo que ha publicitado frente a otros, pero no deudor frente a aquellos a quienes se lo ha publicitado para generarles confianza.

En estos casos, a la falta de relatividad respecto al código, hemos de unir que la conducta establecida no es exigible porque no forma parte de la prestación que constituye el objeto de los contratos con los consumidores a quienes se pretende suscitar confianza.

-IV-

Por otra parte, hay que considerar, por el efecto jurídico vinculante que se sigue del encaje que pueden tener los códigos de conducta, otras figuras autorregulatorias (alguna de base contractual), como los estatutos o reglamentos de las comunidades de vecinos, la reglas de las entidades, o bien los protocolos familiares de las sociedades de capital.

-V-

En todo caso, repasando las diferentes figuras autorregulatorias, resulta que no todas gozan de una fuerza jurídico- vinculante en el sentido de poder determinar la aplicación coactiva de las mismas.

Muchos códigos de conducta (a veces incluso disposiciones administrativas o prescripciones de conducta legales) son meras normas sin sanción, y a veces son meras propuestas de costumbre. Aunque no todos sean coactivamente obligatorios, tienen con todo una gran utilidad: emancipada la ley de ciertas concepciones morales, pero siendo necesario suscitar conductas ejemplares, los códigos de conducta cumplen el papel directivo que la ley había perdido en el esquema positivista.

En una teoría pura los mismos podría decirse que no son Derecho y sin embargo su papel en el orden moral les lleva a ser un instrumento importante a

la hora de generar, aunque sólo sea por vía consuetudinaria, deberes jurídicos. Los códigos de conducta muestran con ello el campo de juego que todavía le corresponde en el Derecho al deber y a la *auctoritas*, aun a falta de *potestas*, en ocasiones por falta de vigencia en un espacio determinado.

En este orden los CDCs cumplen un gran papel en el Derecho global: permiten globalizar ciertas normas aunque no todos los Estados con soberanía sobre las diferentes porciones del territorio impongan del mismo modo la misma conducta correcta. Conducta que en cambio si que es la misma en el código, pues se dirige a personas iguales con independencia de su territorio de residencia, contribuyendo con ello a la generación de un Derecho global en el que la persona (y no el Estado) sea el sujeto principal.

-VI-

La comprensión de estos códigos, a los que alguna doctrina llama “normas no vinculantes”, requiere considerar, recurriendo a la Filosofía del Derecho, que los mismos constituyen, o bien una suerte de vuelta a la unidad del orden moral propia del *ius naturae* (esquema tomista clásico) o bien una muestra del juego de los principios en el ordenamiento (esquema de Dworkin o Alexy).

De acuerdo al esquema iusnaturalista, las normas obligan por su fuerza pero también en conciencia, de modo que tienen simultáneamente *vis directiva* y *vis coactiva* (según la explicación de Suárez).

De acuerdo con el esquema post-positivista, el ordenamiento se compone de reglas y principios, siendo las primeras mandatos susceptibles de

cumplimiento o no, y siendo las segundas mandatos de optimización susceptibles de cumplimiento en grado.

Por el contrario, en la teoría pura del Derecho, el Derecho no condena moralmente, sino que simplemente sanciona (a decir de Kelsen, no hay *mala in se*, sino *mala prohibita*), siendo neutral respecto de las concepciones morales. La construcción de una *polis* madura requiere, sin embargo, un proceso civilizatorio de revalorización de la virtud. No siendo posible imponer reglas de conducta en ciertas materias en las que el Derecho debe ser neutro respecto de la Moral, se produce el surgimiento de códigos que inviten a conductas ejemplares a modo de Derecho persuasivo y sin coacción. Ello se lleva a cabo a través de instrumentos como los códigos dirigidos a suscitar costumbres y convenciones. Los códigos de conducta, no pudiendo llegar el Derecho a todo, serían entonces una respuesta a la necesidad de que los agentes del mercado observen una conducta ejemplar y decorosa, sin necesidad de imponer necesariamente todas las conductas necesarias, sino simplemente persuadiéndolas.

-VII-

1º En todo caso, hay que valorar que tratándose de instrumentos que producen efectos normativos para una pluralidad de personas más amplia que las partes, con potencialidad de generación de normas generales (costumbres), es necesaria su publicidad.

Todo instrumento normativo que produce efectos frente a terceros es objeto de la necesaria publicidad, ya sea mediante Boletines oficiales, ya sea mediante Registros jurídicos.

2º A la necesidad de publicidad debemos unir la necesidad de control de legalidad. Un control que es necesario en tanto a veces los códigos sobrepasan los límites a los que puede llegar un instrumento voluntario; y en tanto en otras ocasiones los propios interesados en un código de conducta quieren contar con un juicio de legalidad expedido por algún organismo del Estado.

3º En este sentido, hay que valorar positivamente el reconocimiento legal dado por ciertas leyes -como la Ley Audiovisual (art. 12), la LOPD (art. 32) o la Ley de Competencia Desleal (art. 37)- a la necesidad legal de publicidad de los códigos de conducta.

Sin embargo, estas leyes no recurren a los Registros jurídicos, lo cual tiene dos consecuencias:

Primero, la publicidad de los códigos al no ser oficial está controlada por el ente autorregulado, que puede tener interés en retirar de la circulación el código de conducta en determinado momento, lo cual no ocurre en los códigos promovidos por el Estado, pues éstos se publican en Boletines oficiales.

Segundo, la falta del control previo de legalidad que suele existir en el acceso a los Registros jurídicos públicos, el cual puede tener cierto interés tratándose de un código que pretenda surtir efectos coactivos frente a terceros, aunque sea por voluntad del ente sujeto al mismo.

La publicidad registral de los códigos de conducta debería plantearse en muchos casos. Dicha publicidad, sin embargo, debe valorar que algunos códigos (como lo procedentes del legislador o los incluidos en disposiciones administrativas), son objeto de publicación en boletines oficiales.

La publicidad registral, por tanto, habría de ceñirse a los casos de códigos que no gozan de otro cauce oficial de publicidad, y a códigos que hayan de producir efectos jurídico-coactivos, sea directa (como parte de instrumento de autorregulación con efectos determinados, como contratos o estatutos) sea indirectamente (como norma a tener en cuenta en relación con los mismos contratos o estatutos, como instrumento complementario).

Y respecto de los códigos que tengan otro cauce oficial de publicidad, dado que la eficacia vinculante de los mismos suele depender de un acto voluntario de adhesión, tendría todo sentido publicar dicho acto de adhesión, de modo que se sepa que cierta entidad está adherida a dicho código.

-IX-

En cuanto al contenido publicable, siendo habitual que algunos códigos reproduzcan el contenido de las leyes, y siendo el sistema español de inscripción (y no de transcripción), cabría la posibilidad de que al inscribir un código se redujese el contenido del mismo a sólo aquello en lo que el código mejora a la ley, evitando con ello que se ofrezca como ventaja de una entidad lo que la ley establece para todas.

-X-

La publicidad registral de los códigos de conducta no tendría porqué hacerse en un solo Registro, dado que cada uno de los Registros jurídicos tienen un ámbito material determinado. En la medida en que se trate de un código que no tenga encaje en un Registro relacionado con una materia concreta (como el de Protección de Datos, o el de la Propiedad), podría admitirse la inscripción en el Registro mercantil, cuándo se trate de códigos redactados por entidades inscribibles. Una visión de conjunto de la realidad a la que los códigos de conducta suelen servir, y de los Registros que les dan soporte institucional, nos permite ver que una idea clara de una entidad, sus bienes y su conducta requiere de la consulta de varios Registros. Ello nos debe llevar a postular la integración tecnológica de los mismos, aspecto sobre el cual padecemos un gran atraso.

-XI-

En el Registro de Bienes Muebles, a falta de una sección de códigos de conducta, la única forma de lograr la inscripción según la ley vigente sería configurar el código como de las condiciones generales. Algo que no será posible en todos los casos, pero si en aquellos en los que el código de conducta actúa como contrato normativo, que tendría el consiguiente efecto positivo de quedar los sometidos al mismo régimen de control de legalidad que se aplica a las condiciones generales.

-XII-

En el Registro Mercantil la única forma de publicidad posible sería insertar los códigos de conducta en los estatutos en los Estatutos de las

sociedades inscritas o bien darles un régimen similar al de los protocolos familiares.

Los efectos de la inscripción no serían especialmente intensos desde el punto de vista de la regla de oponibilidad, pues un código de conducta no es un hecho oponible como puede serlo la publicidad errónea sobre la legitimación de un apoderado o administrador, sino que su eficacia depende del contrato. Siendo los efectos reducidos, la publicidad que en su caso hubiese de plantearse, sería más bien publicidad noticia. Ello no ofrecería un control reforzado, por la limitación que respecto de los hechos objeto de publicidad noticia afectan a la calificación en el régimen actual (y de los que participa lo para-social). Sin embargo, en tanto sería un aliciente para el conocimiento y cumplimiento de los códigos (aunque no sea más que con su fuerza directiva), habría que valorar su publicidad y, aunque ello implique romper la regla habitual, facilitarla (sin imponerla, dentro por tanto del espíritu del *soft law*) en tanto se trata de una publicidad que queda en manos del Estado y no del autorregulado.

-XIII-

En el Registro de la Propiedad, el principal encaje de un código de conducta que afecte a bienes inmuebles sería el caso de las normas de régimen interior de las comunidades de vecinos. Su inscripción, rechazada por la doctrina antigua, es admitida por la reciente.

En otros bienes inscribibles en los que la ley permite el juego de la autorregulación, como es el caso de los edificios sometidos a aprovechamiento

por turno, se contempla el depósito (que no inscripción ni control de legalidad) de contratos, pero no de los códigos de conducta que los rigen.

Ambos casos constituyen un precedente importante a tener en cuenta, en tanto cada vez son más las situaciones comunitarias cuyo único registro es el de la Propiedad. Estos casos nos permiten descubrir que el Registro de la Propiedad, que es de folio real, actúa como Registro de folio personal de la entidad o comunidad.

-XIV-

1º Todas las anteriores consideraciones (valor de los códigos de conducta, importancia de su publicidad y control), se pueden observar en muchos ámbitos. En el concreto caso del Derecho Hipotecario, la misma se puede apreciar en el caso de la autorregulación de las entidades del mercado hipotecario: el RDL 6/2012 ha dado entrada a un código de conducta o de buenas prácticas (CBP) que (a nuestro juicio) no impone deberes coactivos pero sí directivos. Logra una solución interesante cuando se demandan conductas ejemplares, cual es fomentar la autorregulación sin más sanción que el reproche público (que puede tener efectos demoledores trasladado a la disminución de la demanda), pero sin una alteración de las normas jurídicas en un sector muy sensible que afecta de forma especial a la responsabilidad.

2º Siendo el código de buenas prácticas un código de elaboración gubernamental y publicado en un boletín oficial, no tendría sentido reflejarlo en la inscripción registral de las hipotecas a que afecte. Si podría resultar, en

cambio, interesante, reflejar la adhesión del acreedor al código, aunque conste en el BOE, pues es un dato concreto que puede resultar interesante. Interesante pero no suficiente, pues lo determinante de la aplicación del CBP es que el deudor reúna las condiciones para que se le aplique. Y siendo dicha constancia perjudicial para el deudor, no merece la pena proponerla.

ANEXO: APLICACIÓN DE LAS CONCLUSIONES A DOS CASOS RECIENTES CLARIFICADORES DEL ROL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA:

1º El caso Volkswagen.

Al momento de rematar la redacción de la presente tesis, saltó la noticia de que el gigante alemán del automóvil, Volkswagen (propietario de las marcas Audi, Volkswagen, Seat y Skoda), había estado “trucando” motores de vehículos de su fabricación durante años, de modo que estos simulasen resultar menos contaminantes de lo que en realidad eran, respetando los cánones de contaminación en falsa apariencia, y ofreciendo así al mercado coches más potentes (y a la vez más contaminantes, aunque se disimulase ésta circunstancia).

Volkswagen, al incurrir en las respectivas conductas, estaba sujeto a la ley de los países respectivos: dicha sujeción obligaba a ciertas conductas (*vis directiva*) bajo sanción (*vis coactiva*). Además, celebró una serie de contratos con los consumidores de los vehículos, contratos que le obligaban coactivamente a determinada prestación.

Pese a tan claro régimen jurídico y a tan claros instrumentos (ley y contrato), VW tiene una serie de códigos de conducta. El de VW-Audi España, publicado en su pagina web (donde permanece después del escándalo), dispone que

“Nosotros, como Volkswagen-Audi España y como parte del Grupo Volkswagen, nos comprometemos con el siguiente Código de Conducta.

Con esta iniciativa damos conjuntamente otro paso decisivo para asumir nuestra responsabilidad global y local. Con nuestros productos contribuimos a hacer la movilidad sostenible, eficiente y segura. En este sentido, el futuro nos conduce a impulsar la movilidad en el interés del bien común, para satisfacer las necesidades individuales, tener en cuenta los factores ecológicos y cumplir las exigencias económicas de un grupo mundial”.

Refiriéndose en concreto a la materia ambiental, añade que

“Desarrollamos, producimos y distribuimos automóviles en todo el mundo para facilitar la movilidad individual. Asumimos la responsabilidad de mejorar continuamente la compatibilidad medioambiental de nuestros productos y la reducción de la demanda de recursos naturales, teniendo en cuenta el punto de vista económico. Por este motivo, ponemos a disposición a nivel mundial avanzadas tecnologías medioambientalmente eficientes y las aplicamos en todo el ciclo de vida de nuestros productos. En todos nuestros centros colaboramos con la sociedad y las administraciones en el diseño de un desarrollo positivo, social y medioambientalmente sostenible y energéticamente eficiente. Todos los empleados deben hacer uso de los recursos naturales de forma adecuada y económica, de modo que sus actividades tengan la menor influencia posible en el medio ambiente”.

Leyendo el código, y teniendo en cuenta la ley y los contratos, cabría preguntarse, ¿para qué el CDC?

Responder a dicha pregunta, nos permitirá ver el papel complementario que el CDC juega respecto de la ley y los contratos.

En efecto, en la medida en que la fabricación de los vehículos se hubiese llevado a cabo incumpliendo obligaciones legales, es evidente que VW habría incurrido en conducta tipificada como infracción por leyes, lo cual dará lugar a las correspondientes sanciones por el incumplimiento de deberes que se tienen con la generalidad y que serían exigibles por el Estado o por los perjudicados

por los daños (quienes tendrían una acción nacida de la ley, no de un contrato con VW).

Por otra parte, VW celebró millones de contratos de compraventa con millones de personas a quienes les vendió un vehículo que no reunía las condiciones que por éstas personas se creía estar comprando. Ello abriría en cada caso (si se demostrase que estamos ante un coche afectado) un campo de aplicación de las reglas relativas a la ineficacia de los respectivos contratos (nulidad por dolo), o a su eficacia exigiendo indemnizaciones pertinentes (indemnización por vicios ocultos).

Ambas vías para combatir la conducta incumplidora, responden a la existencia de reglas precisas susceptibles de cumplimiento taxativo: la ley y el contrato exigen unas condiciones claras relativas a la fabricación de vehículos que se han incumplido, y ello da lugar a la correspondiente indemnización y al pago de las correspondientes multas.

Sin embargo, si consideramos la teoría según la cual el ordenamiento se compone de reglas pero también de principios, hemos de valorar que, *además* del cumplimiento concreto y específico de las reglas taxativas, VW debía someter su actuación (y el cumplimiento de sus contratos) a una serie de principios. Unos principios que la ley le exige únicamente mediante reglas taxativas, pero que la entidad decidió voluntariamente auto-imponerse además en un grado más diligente mediante una declaración de principios o código de conducta en la cual se establecían unos determinados mandatos de optimización susceptibles de cumplimiento en grado.

Mandatos que en el caso de incumplirse, dan lugar (además de a las sanciones pertinentes por las obligaciones legales y contractuales existentes) a

un reproche público y a una sanción por contravención de los principios (y en cierto modo de las costumbres *secundum legem* y de los usos sociales) que normalmente será la de la “condena” por los consumidores a una disminución muy considerable de la demanda de coches de las marcas VW.

Y, en su caso, el código podría servir también, en el orden coactivo, para determinar el juego del principio de buena fe en el cumplimiento de los contratos, pues es evidente que se definió de modo explícito y escrito el compromiso de observar ciertas conductas o de sujetar la conducta a ciertos mandatos de optimización.

En la medida en que el código juega un papel directivo en la modalización del contenido de los deberes de VW con sus clientes y potenciales clientes, y con la sociedad, y en la medida en que el código podría tener además un papel a la hora de determinar como se aplican normas coactivas, el CDC interesa a la generalidad.

Un interés que justifica una publicidad no controlada únicamente por la entidad, que en cierto momento podría querer retirarlo por la incomodidad que en su caso pudiese ocasionarle en un momento como el actual¹⁰⁵⁹, y que podría hacer razonable que el CDC formase parte de la inscripción de condiciones generales de VW en el Registro de Bienes Muebles, o su constancia en el Registro Mercantil (del mismo modo que constan otros extremos interesantes

¹⁰⁵⁹ Lo cierto es que el código lo hemos descargado sin problema alguno de Internet con posterioridad a las noticias publicadas. www.volkswagen-audi-espana.es/downloads/codigo-de-conducta.pdf (descargado última vez el 8 de Octubre de 2015).

para el mercado como los estatutos, administradores y apoderados con cargo vigente, o los depósitos de cuentas realizados).

Con este ejemplo tan actual, se ve con claridad que los CDC tienen un efecto que justifica en ocasiones su publicidad registral, por el papel que ocupan en las fuentes del Derecho (suscitando costumbres, facilitando el papel informador de los principios) y la eficacia que podrían tener respecto de las fuentes de las obligaciones y, más allá de estas, por la eficacia directiva que tengan para supuestos futuros: de algún modo, los contratantes pasados se rigen por los contratos firmados, y los futuros por la confianza que les suscita el código de conducta, lo cual justifica su conocimiento.

2º El caso de Mercadona.

Si interesante por actual puede resultarnos el supuesto de VW-Audi, resulta igualmente interesante el caso de una de las empresas que, en opinión de los ciudadanos (a través del monitor empresarial de reputación corporativa¹⁰⁶⁰), tiene una de las mejores políticas de responsabilidad social corporativa de nuestro país¹⁰⁶¹: el grupo de supermercados de alimentación de Mercadona. La empresa valenciana, publica en su web cada año una detallada memoria de cómo lleva a cabo determinados compromisos más allá de lo que la ley le exige¹⁰⁶². Dicha memoria detalla hechos en materia de igualdad, seguridad, protección del medio ambiente.....Algunos de dichos hechos, se consiguen a base de incorporar a los contratos que Mercadona mantiene con los proveedores y empleados ciertas exigencias de conductas valiosas¹⁰⁶³. Sin embargo, a quienes estas conductas se quieren ofrecer es a los consumidores como un plus que, aunque no forma parte del contrato con los mismos *stricto sensu* en el orden coactivo (pues no siempre es parte de la prestación contractual)....si que configura el contenido de unos deberes que ninguna ley le exige y que, sin embargo, voluntariamente se asumen de cara a la sociedad, a los potenciales clientes, a los consumidores.

¹⁰⁶⁰ Cfr. Los datos en <http://www.merco.info/es/ranking-merco-empresas> (consultado 8 de Octubre de 2015)

¹⁰⁶¹ La empresa con mejor reputación es INDITEX, cuyos códigos de conducta hemos tomado como ejemplo al analizar, en la parte primera de la tesis, la eficacia de estos respecto de los contratos.

¹⁰⁶² Vid. <https://www.mercadona.es/corp/esp-html/noticias.html> (consultado el 8 de Octubre de 2015).

¹⁰⁶³ Y también ciertos privilegios que benefician al empleado, de modo que la conducta virtuosa es también el buen trato a los empleados. Durante la realización de la tesis, tuve ocasión de contrastar estos aspectos con una trabajadora de Mercadona que anteriormente fue empleada de otra cadena de supermercados, y que me pudo mostrar las diferencias de derechos contractuales de los trabajadores en una y otra empresa. La primera no hacía nada mal ni nada ilegal. Mercadona, dentro de la ley, les trata mejor.

Curiosamente Mercadona, a diferencia de muchas otras entidades, no tiene en su web un código de conducta, sino la memoria anual. En lugar de compromisos de lo que se va a hacer, se muestra lo que ya se ha hecho.

Si hubiese un código, seguramente el mismo diría cosas como las que aparecen en la memoria. Compromisos que se logran a base de darles un encaje en contratos, y que, cuando exceden de estos (por no ser parte de la prestación, o bien por no ser un compromiso contractual respecto de todo co-contratante – sino solo de empleados o proveedores-), se formulan como un compromiso que requiere también una traducción en hechos, pero que sin embargo no tienen posible formulación como regla taxativa sino como mandato de optimización realizable en grado.

En el caso, no hay código porque de algún modo lo que el código pretende, que es suscitar buenas costumbres, ya se ha conseguido. Pero habiendo muchos otros ámbitos en los que se pretende lograr lo que todavía no existe, tiene su sentido usar los códigos como expresión escrita de lo que se aspira conseguir, y que requiere de un instrumento visible y definidor de deberes.

En todo caso, el ejemplo muestra como ciertos objetivos requieren de una actuación conjunta de la Moral, el Derecho, los contratos con arreglo al mismo....Y cómo para dicha actuación conjunta hace falta un hilo capaz de enlazar los contratos-costumbres-leyes-moral. Un hilo que necesita ser visible, escrito, perceptible. Un hilo que en el caso son los hechos recogidos en la memoria y en otros casos son los hechos, pero en otros es un código de conducta como medio complementario del Derecho coactivo para conseguir ciertos objetivos que están también entre los fines que las normas persiguen.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN GARCÍA, M.E.:

“La dación en pago” en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores. Madrid 2009. Pag 509 a 535.

ADORNO, T.:

Teoría estética. Taurus, 1990.

AGÜERO ORTIZ, A.:

“La Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero sobre contratos de consumo celebrados con los consumidores para bienes inmuebles para uso residencial”. CESCO Revista de Derecho de Consumo, 18 de Marzo de 2014. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/Directiva-2014-17-UE-de-4-de-febrero-de-2014-sobre-contratos-de-cr%C3%A9dito-.pdf> (descargado el 1 de Julio de 2015).

AGUILAR RUIZ. L.:

- *La protección legal del consumidor de crédito*. Tirant lo Blanch, 2001.
- “La tutela del menor consumidor. Del mandato constitucional a los códigos de conducta empresarial”. *Revista de derecho privado*, Año nº 92, Mes 5, 2008, págs. 49-77.
- “Mercado interior, códigos de conducta y protección de los consumidores”. *Actualidad civil*, Nº 19, 2009.
- “Mercado, códigos de conducta y protección de los consumidores”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid 2010. Págs. 219 a 227.
- “Mecanismos autorreguladores del mercado y defensa de consumidores”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº. 130, 2011, págs. 15-41.

ALBALADEJO GARCIA, M.:

Derecho Civil. I. Introducción y parte general.

Vol. 1º *Introducción y Derecho de la persona*, Ed. Bosch, Barcelona 1996.

Vol. 2º. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. Ed. Bosch. Barcelona, 1996.

(De ambos volúmenes existe edición reciente: *Derecho Civil*. I. Edisofer, Madrid 2013. Revisada y puesta al día por DIAZ ALABART, S.)

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.:

-“El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RDCI), num. 168, septiembre-octubre de 1993.

- “Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación”. En *Homenaje a Albaladejo García*. Ed. Universidad de Murcia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (COPRME), 2004.

- *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.

- “Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial”. *Revista de Derecho civil*. Volumen II, número 2. Abril- Junio 2015.

ALEXY, R.:

Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001.

ALFARO AGUILA- REAL, J.:

«El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, 889 y ss.

ALFARO AGUILA-REAL, J- PAZ ARES, C.:

Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales. Madrid, Civitas 1991.

ALONSO GARCIA, R.

Derecho de la Unión Europea. Civitas, Cizur menor 2010.

ALONSO PÉREZ, M.T.

- “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)”. *InDret.com*. Barcelona, 2012.
- “El código de buenas prácticas de reestructuración viable de la deuda con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de endeudamiento de los particulares”. *Revista de Derecho civil*. Volumen II, número 2. Abril- Junio 2015.
- “Las diferentes versiones del código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual”. En Boletín SERC. Monográfico *Vivienda y crisis: ensayando soluciones*. Universitat de Barcelona- Registradors de Catalunya. Barcelona 2015. Págs. 193- 203.

ALONSO PÉREZ, M.T. (Dir) et al.:

Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de la vivienda provocados por la crisis económica). Aranzadi, Cizur menor 2014.

ALVARADO HERRERA, L.:

“La autorregulación en la publicidad realizada por medios electrónicos: algunas reflexiones sobre la confianza on line”. En PARRA MADRID, A. (Dir) *Derecho patrimonial y tecnología*. Madrid 2007. Págs. 475 al 488.

ALVAREZ MORENO, M.T.:

- “La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: compraventa y arrendamiento de vivienda”. *Revista de Derecho privado*, Año nº 93, Mes 6, 2009, Págs. 3-48
- “Códigos de conducta y arbitraje de consumo”. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010.

- “La aplicación de la normativa de la venta de bienes de consumo en la venta de bienes inmuebles”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), Págs. 79-90.

ALVAREZ ROYO- VILLANOVA, S.

- “De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. EL RDL 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas”. *El Notario del siglo XXI*, número 42 <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-42/opinion/opinion/483-de-nuevo-en-apoyo-del-deudor-hipotecario-el-rdl-6-2012-y-su-codigo-de-buenas-practicas-0-6740005311314021> (Descargado el 29 de Septiembre de 2014).

ANGULO RODRIGUEZ, J. de:

- *La modernización de los Registros. Una reforma estructural pendiente y un proyecto de datos*, Comares, Granada 2015.

DELL`AQUILA, E. :

- “Reflessioni sul negozio iuridico unilaterale”. En *Studi Senesi*, 1975, págs. 221-281.
- "La promesa unilateral como fuente general de obligaciones". En *Revista de Derecho privado*, 1979, Págs.796 a 806.

ARENAS GARCIA, R.:

- *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*. Rafael Arenas García. Colegio de Registradores - CER, Madrid 2000.

ARIAS RAMOS, J.

- *Derecho romano*, EDERSA, Madrid 1969. Revisada por ARIAS BONET, J.A.

(La última edición disponible de este tratado es la 18ª, de 1986).

ARNAIZ EGUREN, R.

- *Terreno, edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Civitas-Registradores de España, Cizur Menor 2010.

ARRIETA SEVILLA, L.J.

El Torrens title y el Registro de la Propiedad español, Colegio de Registradores, Madrid 2010.

ARROYO, I. y EMBID, J.M. Coord.:

Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Ed. Tecnos, Madrid 2001.

ARRUÑADA, B.

- *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Ed. Centro de Estudios Registrales (CER), Madrid 2004.

- *Formalización de empresas. Coste frente a eficiencia institucional*, Civitas, Cizur menor 2010.

- “La reforma de la responsabilidad hipotecaria”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 731. 2012.

- “Reforma fiscal, más que hipotecaria”.
<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=11421>

- “Las instituciones del intercambio impersonal”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 736. 2013.

- *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los Registros públicos*, Civitas, Cizur menor 2013.

- *Costa sobre el trasplante de instituciones*. En
<http://blog.arrunada.org/2014/01/costa-sobre-el-trasplante-de-instituciones/> (Consultado el 16 de Julio de 2015)

ASOCIACIÓN DE REGISTRADORES BIENVENIDO OLIVER,

- *La crisis de los mecanismos preventivos de la crisis. La nueva hora de la función registral*. <http://www.arbo.org.es/?p=257> (consultado el 26 de Noviembre de 2009).

- *Los problemas derivados de la desconexión entre el Registro de personas y el de la propiedad en relación a las resoluciones referentes a la capacidad/poder de disposición*, De 6 de Abril de 2015.
<http://arbo.org.es/index.php?nlmo=WJEHEMIONHDOILGJGJJKKJZNMLGKKNJUDNMUQMHLKILDZIKPOKFDHODZAINKFLGJIOZWPIN>

QMLGIHMWOIMHPMJIEIHHSGIOQMLJEJHFOGGOALM&nlm1=WKF
FFCEODIDCHIDIDMHKNGZPI&nlm2=W&nlm3=W&nlm4=W&nlm5=
W&nlm6=W&nlm7=W&nlm8=W&nlm9=W&nlm6=WPKKKJOOKMDO
RHCJCKIKLFZOI (Consultado el 28 de Julio de 2015)

- *Publicidad material y estado civil: un necesario cambio de paradigma*,
de 31 de Marzo de 2015.
<http://arbo.org.es/index.php?nlmo=WIDDDLEOMGDJDLGLGDLKEJZJOHCIGJFUDJKOKFAKDEHDZHDKGJEGGEDZDHDDHLGIIGZWOIFHLOJMKMWLSMHTTJEEHGSCHKQHMHGKMOJNLAPM&nlm1=WGBIBDHOEEDGGHCICDHKEFZGH&nlm2=W&nlm3=W&nlm4=W&nlm5=W&nlm6=W&nlm7=W&nlm8=W&nlm9=W&nlm6=WLGKGJOOKIDONFAHALFKMDZNE> (Consultado el 2 de Abril de 2015).

ASSO, J.I. y DE MANUEL, M.:

Instituciones de Derecho civil, Andrés de Sotos Impresor, Madrid 1786.
<http://www.cervantesvirtual.com/obra/instituciones-del-derecho-civil-de-castilla/> (Consultado el 22 de Junio de 2015).

AYALA, A.:

Formación de selectos. En *Obras Completas*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1999.

BALLUGERA GÓMEZ, C.:

-*El contrato no-contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Ed. CER, Madrid 2006.

-“Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas”.
Boletín del Colegio de Registradores de España. Numero 153. Madrid, Enero 2009.

-Comentario de los artículos 1 y 2. En EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.
<http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm#UMBRAL>

-“El Registro de condiciones generales: entre la eliminación y el rescate”.
Registradores de España. Num. 72. Abril- Junio de 2015. Págs. 56-57.

- “La expresión manuscrita controla la obligación de claridad y transparencia del profesional predisponerte. Breve comentario y resumen de la resolución DGRN 8 octubre 2015”. En <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/la-expresion-manuscrita-controla-la-obligacion-de-claridad-y-transparencia-del-profesional-predisponente/>

BARRAL, I.:

-Pobreza energética y préstamos hipotecarios: nuevas medidas en la reforma del código de consumo de Catalunya.
<http://hayderecho.com/2015/06/25/pobreza-energetica-y-prestamos-hipotecarios-nuevas-medidas-en-la-reforma-del-codigo-de-consumo-de-catalunya/> (consultado el 26 de Junio de 2014).

BARRIUSO RUIZ, C.:

La contratación electrónica. Dykinson, Madrid 1998.

BAYOD LÓPEZ, C.

La modificación de las capitulaciones matrimoniales, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza 1997.

BENDITO CAÑIZARES, M.T.:

"La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación".*Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 657,2000. Págs. 403 480.

BENEDICTO XVI,

Caritas in veritate. http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html (Descargado el 22 de Febrero de 2010)

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2010), A.:

“Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal”, en GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A. (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires. 2010.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. (Coord.).

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación*. Aranzadi, Navarra 2000.

- *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2009, págs. 1641-1649.

- *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

BETTI, E.

Teoría general del negocio jurídico, EDERSA, Madrid. Traducción de MARTÍN PÉREZ, A.

BIONDI, B.:

Contrato et stipulatio. Editore A. Giuffrè, Milano 1953.

BLANCO GARCÍA- LOMAS, L.:

La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (Art. 83 TRLGDCU). En *LA LEY mercantil*, Nº 3, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Junio 2014, Editorial LA LEY. http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAEAO29B2AcSZYLJigtnt_SvVK1-BooQiAYBMk2JBAE0zBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHZ9-fB8_IorZ7LONb3bo2dvdu7__8Bde5nVTVMvPfrK4yJdtjr-L8-unifTN9Sr_7Dwrm_wXLRK2zevPnj__Iq-n-tfvlV9_guroJ89evzn-hfmkqt4GYH9_Bff_AJR9Dk9vAAAAWKE#nDT0000212549_NOTA7

(Descargado el 18 de Septiembre de 2014).

BONFANTE, P.:

Instituciones de Derecho romano. Traducción de la octava edición italiana por BACCI, L. y LARROSA, A. Revisada por CAMPUZANO HORMA, F. Reus, Madrid 1929.

BUSTO LAGO, J.M. :

- «El control abstracto de las condiciones generales de los contratos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 360, 8 de octubre de 1998. Págs. 1 a 12.
- “El control registral de las condiciones generales de los contratos”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Num.667. Septiembre- Octubre 2001. Págs. 1939 a 2005.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.:

- Comentario del Art. 6 del Código Civil. En ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo I, Vol. 1º, EDERSA, Madrid 1992.
- “El contrato con efectos protectores para terceros en el Derecho alemán”, en CABANILLAS et al. (Comité Coordinador): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. II, 1ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 1491-1524.

CABELLO DE LOS COBOS MANCHA, L. Mª.:

- La ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 1998.
- “Condiciones generales en la contratación financiera”. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*. 651, 1999.

CALVO GONZÁLEZ- VALLINAS, D. :

¿Es la dación en pago una solución? Las implicaciones jurídico-económicas de la dación en pago. Ponencia en el Congreso de Vivienda y Crisis Económica organizado por la Cátedra Zaragoza Vivienda.

<http://catedrazaragozavivienda.unizar.es/congreso2014/ponencias/calvo.pdf> (Descargado el 29 de Septiembre de 2014).

CALVO GONZÁLEZ- VALLINAS, R.:

- *Las cláusulas de la hipoteca*, Colegio de Registradores, Madrid 2006.

- *Revisión del principio hipotecario de legalidad*. Colegio de Registradores. Madrid, 2012.

CAMARA LAPUENTE, S.:

- *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, COLEX, Madrid 2011.

CAÑIZARES LASO, A.:

- “Efectos del endeudamiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa: mecanismos de protección de comprador. Especial referencia al Art 1504 CC y la moratoria del pago de los RD 195/2008 y 97/2009”. En *Cuadernos de derecho judicial*, Nº. 1, 2009 (Ejemplar dedicado a: El derecho privado en contextos de crisis), págs. 421-461.
- “Otorgamiento del título constitutivo y los estatutos de la propiedad horizontal”. En CAÑIZARES LASO, A. y ALGABA ROS, S. *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, 2006, págs. 88-104.
- “Control de legalidad y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho civil*. Vol. II- num. 3- Julio- Septiembre 2015. Págs. 67 a 105.

CARIOTA FERRARA, L.:

- *Il negozio iuridico nel Diritto privato italiano*. Edizione Scientifiche Italiane, Roma 2011 (1948).

- *El negocio jurídico* (traducido por ALBALADEJO GARCIA, M.), Aguilar, Madrid 1956.

CARNELUTTI, F.:

- *Teoría generale del Diritto*, Edizione Scientifiche Italiane, Roma 1999 (1951).
- *Teoría general del Derecho* (trad. MONEREO PÉREZ, J.L.). Comares, Granada 2003.

CARRASCO PERERA, A.:

Derecho de contratos. Aranzadi, Cizur menor 2010.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.:

Tratado de los derechos de garantía, t. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

CARRERAS MARAÑA, J.M.:

“El Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y el régimen de propiedad horizontal: Criterios de vinculación. Aproximación inicial al RDL 8/2012, de 16 de marzo”. *Propiedad horizontal: cuaderno jurídico*, Nº. 314, 2012, págs. 11-16.

CASADO BURBANO, P.:

- "Rogación y desistimiento en nuestro procedimiento registral mercantil". *Homenaje a Jesús Lopez Medel*. Colegio de Registradores, Madrid 1999.

- "El `principio de tipicidad` en el nuevo régimen de nuestro Registro Mercantil". *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. 657, 2000. Pags. 1047-1066.

- *Los principios registrales mercantiles*, CORPME, Madrid 2002.

CASTÁN TOBEÑAS, J.

- *Derecho civil español, común y foral, Parte General*. Tomo I- II. Reus, Madrid 1971.

- *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I- II. Reus, Madrid 2007. Actualizada y puesta al día por ROMAN GARCIA, A.

- *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 9º ed. Editorial Reus, 1969.

- *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 15º ed. Revisada y puesta al día por FERRRANDIS VILELLA, J. Editorial Reus, 1995.

CAVANILLAS MÚGICA, S.:

- "Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones". En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid 2010. Págs. 237 a 241.

CENALMOR, D, MIRAS, J.

El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico, EUNSA, Pamplona 2004.

CLEMENTE MEORO, M.E. y CAVANILLAS MÚGICA, S.:

Responsabilidad civil y contratos de Internet. Comares, Granada 2003.

COCA PAYERAS, M.:

"Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación". *Lunes cuatro treinta*-228, 1998. Págs. 9 a 25.

CORDERO, E.:

"La certificación energética de los edificios". En *Revista CESCO. Universidad de Castilla la Mancha*, nº 6- 2013. Págs. 244-251.
<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/certificacion.pdf>
(Descargado el 3 de Octubre de 2015).

CORTS GRAU, J.

- *Curso de Derecho Natural*. 4ª Edición revisada. Editora Nacional, Madrid 1970.

(De este libro existe una edición posterior de 1974).

- *Juan Luis Vives (antología)*, Madrid, Ediciones Fe, 1943.

COSTA, J.:

El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre.

http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre--o/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_14.html#I_6 (Descargado el 19 de Mayo de 2014).

CUENA CASAS, M:

- ¿Se protege realmente al consumidor en la ley de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico? *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº 60, 2003, págs. 267-298.
- “Fresh Start y mercado crediticio”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2011.
- "Fresh start" y mercado crediticio español y estadounidense”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 15, 2011, págs. 565-593.
- "El impacto económico del fresh start o Ley de segunda oportunidad", en *El notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2013, págs. 24 a 28.
- “Sobreendeudamiento del consumidor y liquidación de deudas”. En AA.VV. (coord. ESCARTIN IPIENS, MARTOS CALABRUS, NUÑEZ IGLESIAS) *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. Comares, Granada 2014, págs. 87-98.
- “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 20, 2014, págs. 161-185.
- “¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente?”. En *HayDerecho.com*.<http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/> (consultado el 7 de Julio de 2015).

CUENA CASAS, M. Dir.:

Familia y concurso de acreedores. Civitas, Cizur menor 2010.

CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (Coords).:

Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. Civitas, Cizur menor 2008.

CUESTA RUTE, J.M^a. y NUÑEZ RODRIGUEZ, E.

“Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil”. En *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2007, pp. 95-128.

CUESTA RUTE, J.M^a.:

“La autorregulación como regulación jurídica”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pags. 31 a 55.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.:

- “Las leyes irritantes en De Legibus de Suárez como normas de competencia”. En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29 (2006), pp. 405-421.
- “El concepto de validez de los actos jurídicos en el Derecho Privado (Notas de teoría y dogmática)”, *Anuario de Derecho civil*, 2005, Págs. 9-74.
- “El problema de la ignorancia del derecho en Joaquín Costa: una visión refleja”. En *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. AAVV (CUENA CASAS, M, ANGUITA VILLANUEVA, L, ORTEGA DOMENECH, J. Coords), 2013, Págs. 115-128.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. Dir. BAYOD LÓPEZ, C. y SERRANO GARCÍA, J.A. (Coords):

Código de Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia. Gobierno de Aragón, Zaragoza 2015.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. Dir, PARRA LUCÁN, M.A.:

Manual de Derecho civil aragonés. 4^o Edición. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2012.

DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.:

Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica. Dykinson, Madrid 2005.

DE CASTRO Y BRAVO, F. de:

- “El artículo 141 de la Ley Hipotecaria”. *Revista de Derecho Privado*, 1929, págs. 417 a 423. Recogido también en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, CORPME, Madrid 1997, Tomo I, Págs. 89 a 97.
- *Discurso correspondiente a la apertura del curso 1939- 1940.* Universidad de Madrid, 1939.
- “La función de los juristas en el Estado”. *Revista de Estudios políticos*, 1942, págs. 193 a 242. Recogido también en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, CORPME, Madrid 1997, Tomo I, Págs. 381 a 409.
- “La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)”. *Anuario de Derecho civil*, págs.. 1133-1186. Recogido también en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, CORPME, Madrid 1997, Tomo I, Págs. 545 a 595.
- *Derecho civil de España.* Civitas. Reedición faccismilar de la edición de 1949. Madrid, 1984.
- *Compendio de Derecho civil.* Instituto de estudios políticos. Madrid, 1964.
- *El negocio jurídico.* Civitas, Madrid 1985 (reproducción faccismilar de la edición del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971).

DE DIEGO VILLAGRÁN, E.:

“El “error Ortega”. En *La Ilustración liberal*. N^o 9.
<http://www.ilustracionliberal.com/9/el-error-ortega-enrique-de-diego.html>.

DE LA IGLESIA MONGE, M. I.:

“Propiedad horizontal y registro de la propiedad”. En SAN CRISTOBAL REALES, S. Coord. *Estudios sobre la propiedad horizontal*, 2009. Págs. 831-912.

DE PABLO CONTRERAS et al:

Curso de Derecho civil I. Derecho Privado y Derecho de la Persona, COLEX, Madrid 2011.

DEL POZO CARRASCOSA, P.- VAQUER ALOY, A.- BOSCH CAPDEVILA, E.:

“El aprovechamiento por turnos”. *Derecho civil de Cataluña, Derechos reales*, 3ª Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2010.

DIAZ ALABART, S. ALVAREZ MORENO, M.T. (Coords):

Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU). Reus, Madrid 2014.

DIAZ ALABART, S. (Dir).- REPRESA POLO, P. (Coord):

La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/ UE), Reus, Madrid 2015.

DIAZ AMBRONA BARDAJI. D et al:

Derecho civil comunitario. Colex, Madrid 2001

DÍAZ FRAILE, J.M.:

- La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. *Noticias de la Unión Europea*, Nº 114, 1994. Págs. 51-58.
- “La trasposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas: Aplicación registral”. *Noticias de la Unión Europea*, Nº 146, 1997. Págs. 9-28.

- “El valor jurídico de la inscripción en el Registro Civil español”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 56, Nº 1916, 2002. Págs. 1489-1512.
- “El principio de publicidad material del registro civil. Particular estudio de la inoponibilidad frente a terceros de los hechos no inscritos”. *Anales* (Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil), Nº. 6, 2004. Págs. 191-222.
- *La protección registral al consumidor y la directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993*. En “*La calificación registral*”. Ed. COPRME-CER. 2º Edición. Madrid 2008.
- “Soluciones de Derecho Privado a la crisis financiero-inmobiliaria”. *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, Nº. 74, 2009, págs. 15-48.
- “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”. *La Ley Unión Europea*, Nº. 5, 2013, págs. 5-21.

DÍAZ FRAILE, J.M. (Coord):

Estudios de Derecho privado europeo. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994.

DÍAZ RUIZ, E. (Coord) et al.:

Códigos de conducta y préstamos hipotecarios. Dykinson. Madrid 2013.

DÍAZ RUIZ, E.:

- “Códigos de conducta y mercados financieros”. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid 2010. Págs. 263 a 266.
- “Código de buenas prácticas en materia de créditos hipotecarios”. DÍAZ RUIZ, E. Coord) et al. *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*. Dykinson. Madrid 2013. Págs. 119 a 133.

DÍEZ- PICAZO PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A.

- *Sistema de Derecho Civil*, vol. II. 9ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid 2001.

- *Sistema de Derecho Civil*, vol. II. 9ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid 2012.

DIEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L.

- “El contenido de la relación obligatoria”. *Anuario de Derecho civil*, 1965. Recogido en *Ensayos jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur menor 2011. Págs. 1862 a 1879.
- “Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Anuario de Derecho civil*, 1974. Recogido en *Ensayos jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur menor 2011. Págs. 1985 a 1996.
- “La formación del contrato”. *Anuario de Derecho civil*, 1995. Recogido en *Ensayos jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur menor 2011. Págs. 2243 a 2269.
- “El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo”. En *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1997.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I. *Introducción y Teoría del contrato*, 6º ed, Civitas- Thomson Reuters, Madrid 2009.
- II. *Las relaciones obligatorias*. 6º Ed. Civitas- Thomson Reuters. Madrid 2008.
- III. *Las relaciones jurídicos reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 5º Ed. Civitas- Thomson Reuters. Madrid 2009.
- “El negocio jurídico del Derecho de familia”. En *Ensayos jurídicos*, Civitas, Cizur menor 2011. Tomo I. Págs. 1127 a 1140.

DOMINGO OSLÉ, R.:

- *Auctoritas*, Ariel, 1999.
- *¿Qué es el Derecho global?*, Thomson- Aranzadi, Cizur menor 2008. 2ª Ed. 2014.

DOMINGUEZ LUELMO, A.:

- “Calificación por el Registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en escritura de constitución de hipoteca. Impugnación ante la jurisdicción civil de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 95, 2014, págs. 259-290.
- “La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por Ley 1/2013”. *La Ley Unión Europea*, Nº. 7, 2013, págs. 25-48.
- La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 5, 2013, págs. 5-25

DOMINGUEZ LUELMO, A. Coord.:

- *Comentarios al Código Civil*. Lex Nova, Valladolid 2010.
- *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Lex Nova. Valladolid 2013.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L.:

“El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, enero de 2015.

DORADO MUÑOZ, M.:

"La evolución histórico-normativa del ámbito de aplicación del principio de legalidad en el Registro Mercantil español". Manuel Dorado Muñoz. En *Homenaje a los Registradores Joaquín Lanzas y Luis Selva*. Colegio de Registradores, Madrid 1990.

D`ORS, A.:

- *Derecho y sentido común: siete lecciones de Derecho natural como límite al Derecho positivo*, Civitas, Cizur menor 2001.
- *Derecho privado romano*, EUNSA, Pamplona 2006.

DURAN RIVACOBIA, R.:

"Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación". *RCDI*-706,2008.

DWORKIN, R.:

El imperio de la justicia, Gedisa, Barcelona 1988.

EIJLANDER, PH.:

“Possibilities and constraints in the use of self-regulation and co-regulation in legislative policy: experiences in the Netherlands- Lessons to be learned for the UE?”, EJCL, vol. 9, 2005, <http://www.ejcl.org/91/art91-1.html>. (Consultado el 20 de Julio de 2015).

ESTEBAN VELASCO, G.:

“Una aproximación a los códigos de buen Gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los Códigos de conducta”. REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid 2010, Págs. 267 a 291.

ESTEVE PARDO, J.:

Autorregulación: génesis y efectos, Aranzadi, Cizur menor 2002.

FARIAS BATLLE, M.:

"Realidad del tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 646, 1998. Págs. 903-930.

FEDELE, P.:

- “Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico”
En *Annali Macerata Università*, Volumen 11, 1937.

- *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Roma, 1976.

FERNÁNDEZ CARRÓN, C.:

El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas. Aranzadi, Cizur menor 2008.

FERNÁNDEZ DEL POZO REY, L.

- *El nuevo Registro Mercantil; sujeto y funcionamiento registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*. Colegio Nacional de Registradores, Madrid 1990.

- "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 612, 1992. Págs. 2033-2054.
- *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en el Egipto faraónico*, Colegio de Registradores, Madrid 1994.
- "La publicidad registral de las normas de régimen interior de las comunidades de propietarios (art. 6 LPH)." *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Num 656. Enero- Febrero de 2000. Págs. 85-130.
- *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas, 2008.
- *Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil*, Marcial Pons, Madrid 2013.
- "Acerca de la licitud de los pactos parasociales para el Consejo. La mala regulación de la cuestión en el proyectado Código Mercantil". En *La Ley Mercantil*. Número 3. Junio de 2014. Págs. 18 a 29.

FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, C. /LÓPEZ ATANES, F.J. (Edits).

En la frontera de la modernidad: Francisco Suárez y la ley natural. CEU Ediciones. Madrid 2010.

FERRANDIS VILELLA, J.:

"Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones". *Anuario de Derecho civil*, 1958. Págs. 115-146.

FLUME, W.:

El negocio jurídico. Parte general de Derecho civil. Tomo II. 4ª Ed. (Trad. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. y GOMEZ CALLE, E.). Fundación cultural del Notariado, 1998.

FULLER, L.:

La moralidad del Derecho (NAVARRO, F. Trad). Trillas, Mexico 1967.

GALLARDO PIQUERAS, A.

Responsabilidad patrimonial universal. <http://www.arbo.org.es/?p=392>
(Descargado el 22 de Septiembre de 2011).

GARCIA AMIGO, M.:

- *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid 1969.
- “Integración de negocio jurídico”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 23, 1981. Págs. 77-106.
- “El contrato en la perspectiva comunitaria”. *Actualidad civil*, Nº 1, 1992. Págs. 35-44.
- *Teoría general de las obligaciones y contratos: lecciones de derecho civil II*. McGraw-Hill Interamericana de España, 1995.
- “La norma civil y sus fuentes”. *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 1, 1997. Págs. 1-15.
- “Constitución y derecho civil”. *Manuel Fraga: Homenaje académico*, Vol. 1, 1997. Págs. 633-647.
- “Consideraciones a la buena fe contractual”. *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* (coord. por Ramón Herrera Campos), Vol. 1, 2000. Págs. 611-623.

GARCIA CANTERO, G.:

- “La persona ante el derecho: ¿cómo asegurar el respeto efectivo a los derechos humanos?”. *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, Nº 1, 1993. Págs. 71-84.
- “El derecho privado a la luz del derecho natural”. En MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Coord. *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Vol. 2, 2001. Págs. 1259-1266.
- “Un solo mondo, un solo diritto?”. *Revista jurídica del notariado*, Nº 73, 2010. Págs. 687-724.
- “De nuevo sobre las relaciones entre el Derecho del consumo y el Derecho civil”. *Actualidad civil*, Nº 14, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.:

Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 16ª Ed. Civitas, Cizur menor 2013.

GARCIA- ESCÁRZAGA, F.

Las condiciones generales en el préstamo hipotecario. Su control por notarios y registradores de la propiedad. Ed. Colegio de Registradores, Madrid 2007.

GARCÍA GARCÍA, J.M.:

- *Derecho Inmobiliario registral o Hipotecario*. Civitas, Madrid 1988. Tomo I.

- *Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 8ª ed. Thomson-Civitas, Cizur menor 2014.

GARCÍA MARTÍN, J. :

Normas generales del Código de Derecho canónico, EDICEP, Valencia 2006.

GARCIA RUBIO, M.P.:

- *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje: (en el contrato de viaje combinado)*. Montecorvo, 1999.

- “La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: Una aproximación al formalismo como característica del derecho de consumo”. *Actualidad civil*, Nº 2, 1994, págs. 277-289.

- “Las condiciones generales en la contratación electrónica”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2001, págs. 1693-1698.

- “Hacia un derecho europeo de contratos”. En *Estudios de Derecho mercantil europeo* (AA.VV. PÉREZ CARRILLO, E.F. Coord), 2005, ISBN 84-9768-209-2, págs. 83-104.

- *Las fuentes del derecho civil en Galicia*. Estudios jurídicos, Nº. 2006.

- “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos”. *Anuario de derecho civil*, Vol. 63, Nº 4, 2010, págs. 1621-1642.

- Comentario del Artículo 1. En DOMINGUEZ LUELMO, A. Comentarios al código civil. Lex Nova, Valladolid 2010. Págs. 45 a 54.
- “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 65, Nº 2130, 2011.
- *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona 2012.
- “Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 66, Nº 2141, 2012, págs. 2-14.

GARCIA RUBIO, M.P.- OTERO CRESPO, M.:

“La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”. *InDret*, Nº. 2, 2010.

GARCÍA SOLÉ, F. y GÓMEZ GALLIGO, F.J. :

Derecho de los Bienes Muebles. Financiación y garantías en la contratación inmobiliaria, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito ASNEF- CORPME- Marcial Pons (coedit.), Madrid-Barcelona 2002.

GARCIA- VALDECASAS ALEX, F.J.:

"Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre Condiciones Generales". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 680, 2003. Págs. 3173-3237.

GARRIGUES DIAZ- CAÑABATE, J.

- “El Registro Mercantil en Derecho español”. *RCDI*, num. 69, Septiembre de 1930.
- *Contratos bancarios*. EDERSA, Madrid 1975.

GARZON VALDES, E.:

Derecho, ética y política. Centro de Estudios constitucionales, Madrid 1993.

GETE ALONSO, M.C., YSAS, M., SOLE, J.:

Parte general y Derecho de la persona vigente en Catalunya. Cálamo. Barcelona 2004.

GETE- ALONSO CALERA, M.C.:

“Panorámica general de la configuración de la comunidad especial por turnos en el Código civil de Cataluña (arts. 554-1 a 554-12)”, en GARRIDO MELERO, M. (coord.). *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*. Bosch, Barcelona 2008. Págs. 153-200.

GIMÉNEZ COSTA, A.:

“Los sistemas de aprovechamiento por turnos”. En NASARRE AZNAR, S. (coord.). *Bienes en común*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015. Págs. 573 a 633.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L.

La incidencia de la legislación comunitaria sobre protección de los consumidores en la calificación registral de los préstamos hipotecarios. En “*La calificación registral*”, COPRME-CER, 2º Edición, Madrid 2008.

GOMÁ LANZÓN, F.

La (probancaria) Orden Ministerial de transparencia en los servicios bancarios. <http://hayderecho.com/2011/11/01/la-probancaria-orden-ministerial-de-transparencia-en-los-servicios-bancarios/> (Descargado el 13 de Mayo de 2014).

GOMÁ LANZÓN, I.

Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios. Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Texto de la conferencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense “Restructuring of the financial system and new negotiation strategies”,

celebrado en Harvard Law School. Universidad Complutense, 2014.
<http://eprints.ucm.es/24123/> (Descargado el 26 de Mayo de 2014).

GOMÁ LANZÓN, J. :

- “Ejemplaridad y fe pública”. En *El Notario del siglo XXI*. Número 11, Febrero de 2007.
<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-11/academia-matritense-del-notariado/2602-ejemplaridad-y-fe-publica-texto-integro-0-41563122385705936> (Descargado el 13 de Mayo de 2014).

- *Ejemplo y carisma*. Cuadernos ESADE de Liderazgo. Barcelona, 2008.
http://itemswb.esade.es//wi/research/catedra_liderazgos/Catedra_Lideratge/Publicacions/catedra20_baja.pdf (Descargado el 26 de Mayo de 2014).

- *Ejemplaridad pública*. Ed. Taurus. Madrid, 2009.

- “¿Por qué obedece la gente?”. *El País*, 3 de Marzo de 2012.
http://cultura.elpais.com/cultura/2012/02/29/actualidad/1330517942_163126.html

- “Mayoría selecta”. *El País*, 12 de Enero de 2013.
http://cultura.elpais.com/cultura/2013/01/11/actualidad/1357928213_463642.html

- “Ejemplaridad: historia de una idea”. *ABC*. 26 de Octubre de 2014.

- “¿Tú qué prefieres?” *El País*, 14 de Julio de 2014.

- *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid 2014.

GOMÁ SALCEDO, J.E.:

Instituciones de Derecho civil común y foral. Bosch, Barcelona 2010.

GOMEZ CALLE, E.:

Los deberes precontractuales de información, La Ley, Madrid 1994.

GÓMEZ GALLIGO, F.J.:

- “La ley 7/1998, de 13 de Abril sobre condiciones generales de la contratación”. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Num. 648. Septiembre-Octubre de 1998., págs. 1587-1622.

- “Análisis histórico de la calificación registral”. En *La calificación registral*. Centro de Estudios Registrales. Madrid 2008, tomo I, págs. 227 a 244.
- “La constitución de la propiedad horizontal. Especial referencia a la reserva del derecho de sobreelevación y subedificación”. GARRIDO MELERO, M. (Coord) *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, 2008, págs. 267-296.
- La constitución de sociedades profesionales y los problemas derivados de la adaptación a la ley de las sociedades ya constituidas. En *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. 2, 2008, ISBN 978-84-470-3065-1, págs. 1849-1863.
- “La calificación registral”. En *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*. Año XLIV; número 159 (2ª época); julio-agosto 2009. Págs 1577 a 1620.
- “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXXX ; número 741, Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea ; enero-febrero 2014. Págs 153 a 175.

GÓMEZ POMAR, F.:

- *La responsabilidad por daño ecológico: ventajas, costes y alternativas*. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid 1996.
- “Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?”. *Anuario de Derecho Civil*, vol.51, n.3, 1998, Págs. 1035 a 1069.
- “La relación entre normativa sobre protección de los consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho”, *InDret.com*. Working Paper nº113. Barcelona 2003.
- “El incumplimiento contractual en Derecho español”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 3, 2007.

GOMEZ POMAR, F. GILI SALDAÑA, M.A.:

- “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N^o. 1, 2010.
- “La complejidad del incumplimiento contractual en los contratos de distribución”. En AA.VV. VIERA GONZÁLEZ, A.J. y ECHEVARRÍA SANEZ, J.A. *Distribución comercial y derecho de la competencia* (dirS.), 2011, págs. 167-196.

GÓMEZ POMAR, F. GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. :

- “Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N^o. 2, 2011.

GÓMEZ DE LA SERNA, P.:

La ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación. Madrid, 1862. Tomo I. Edición facsímil, Fundación Registral, Madrid 2009.

GONZÁLEZ BOU, E.:

“La comunitat especial per torns”. *La Notaria*, num. 41. 2007. Págs. 143-162.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.:

- “El nuevo régimen del aprovechamiento por turno”. En *Revista CESCO de Derecho de consumo*. N^o 3/2012. Págs. 1 a 32.
- “La nulidad del contrato de préstamo concedido para la adquisición de derecho real de aprovechamiento por turno a la luz de las últimas novedades legislativas”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N^o. 3, 2012, págs. 88-98.

GONZALEZ LAGUNA, M.:

“Opinión sobre la Ley 7/98 de Condiciones Generales”. Lunes cuatro treinta-237, Valencia 1998. Págs. 17 y ss.

<https://registradorescomunidadvalenciana.org/wp-content/uploads/2014/04/Revista-nº-237.pdf>

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.

Estudios de Derecho Civil e hipotecario. Tomo I. Civitas. Cizur menor 2009.

Estudios Jurídicos. Tomo II. Registradores de España- Thomson Reuters. Cizur Menor 2011.

GONZÁLEZ- MENESES GARCÍA- VALDECASAS, M. :

Como hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista. Colegio Notarial de Madrid, 2007.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.

- “Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 90, Nº 742, 2014, págs. 660-678.

- “Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante: sus diferencias”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 66, Nº 3, 2013, págs. 1109-1161.

- “Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 89, Nº 739, 2013, págs. 3440-3456.

GOÑI SEIN, J. L. (Dir.):

Ética empresarial y códigos de conducta, La Ley, Madrid 2011.

GORLA, G.:

“Il potere de la volontà nella promessa come negozio giuridico”. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954- I. Págs. 18 y ss.

GRANADOS GARCÍA, L.

- “Las virtudes de la minoría creativa”. En AA.VV (GRANADOS, L.-DE RIBERA, I Edit), *Minorías creativas*. Didaskalos, Burgos, 2011.

GROSSO, G.:

Il sistema romano dei contratti. Giapiccelli, Torino 1963.

GUARINO, A.:

Diritto privato romano, Jovene, Napoli 2001.

GUASP, J.

Derecho. Madrid 1971.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. RAGA SASTRE, N. :

El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica. Lex Nova. Valladolid 2010.

GUTIERREZ MASSON, L.:

Del consortium a la societas. Universidad Complutense de Madrid, 1994.

GUTIÉRREZ SALEGUI, A.I. :

Estafas en préstamos hipotecarios: claves psicológicas del engaño a las víctimas, <http://hayderecho.com/2014/10/01/estafas-en-prestamos-hipotecarios-claves-psicologicas-del-engano-a-las-victimas/> (Descargado el 3 de Octubre de 2014).

HART, H.L.A.:

Derecho y moral: contribuciones a su análisis. Trad. CARRIÓN, G.R. Depalma, Buenos Aires 1962.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.

Comunidad de propietarios. Mira, Zaragoza 2015.

HERVADA, J.:

Vetera et nova. Cuestiones de Derecho canónico y afines, Pamplona 2005.

IGLESIA, A.M.:

Entrevista a Javier Gomá. *Revista de Letras*. 22 de Septiembre de 2014.
<http://revistadeletras.net/goma-la-presencia-del-ideal-permite-desarrollar-la-critica/> (Descargado el 24 de Septiembre de 2014).

ILLESCAS ORTIZ, R.:

“La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003, p. 291 y ss.

IBAN, I.C.:

Derecho Canónico y Ciencia jurídica. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1984.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.:

“Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2013. Num 738. Págs. 2253-2328.

JIMÉNEZ PARIS, T. A.:

“Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto- ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 932. 2012. Págs, 2387 a 2426.

KELSEN, H.

- *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria, Buenos Aires 1960.
- *Teoría pura del Derecho* (primera edición de 1934), Editorial Trotta, Madrid 2011.
- *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho* (versión del alemán por LEGAL LACAMBRA, L.; presentación de LÓPEZ MEDEL, J.), Reus Clásicos del Derecho, Madrid 2009.

LAMBEA RUEDA, A.:

Códigos de Conducta en el Sector de cooperativas de vivienda.
<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/revesco/txt/REVESCO%20N>

%20108.3%20Ana%20LAMBEA%20RUEDA.htm#_ftn1 (Descargado el 6 de Octubre de 2014).

LACRUZ BERDEJO, J.L.

- *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1955.
- *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.A.; RIVERO HERNANDEZ, J.; RAMS ALBESA, J.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.:

- *Elementos de Derecho civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona 1988.
- *Elementos de Derecho civil, I. Parte General del Derecho Civil*. Volumen I. Dykinson, Madrid 2012. Revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.
- *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*. Volumen I. Bosch. Barcelona 1994.
- *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*. Volumen I. Dykinson, Madrid 2011. Revisada y puesta al día por Agustín RIVERO HERNÁNDEZ.
- *Elementos de Derecho civil. III. Derechos reales* (vols. 1 y2). Dykinson, Madrid 2009. Revisada y puesta al día por LUNA SERRANO, A.
- *Elementos de Derecho civil. III Bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. Dykinson, Madrid 2003.
- *Elementos de Derecho civil. IV Derecho de Familia*. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J. Dykinson, Madrid 2010.

LALAGUNA DOMINGUEZ, E.:

“La voluntad unilateral como fuente de obligaciones”. *Revista de derecho privado*, Vol. 59, N°. 9 (OCT), 1975, págs. 801-826.

LANZON MARTÍNEZ, F.:

Las cartas de patrocinio: entre el Derecho y la Moral. En <http://hayderecho.com/2014/05/21/las-llamadas-cartas-de-patrocinio-entre-el-derecho-y-la-moral/> (Descargado el 27 de Mayo de 2014).

LARENZ, K.:

Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Traducción de FERNANDEZ RODRIGUEZ, C. Comares, Granada 2002.

LARRÚ RAMOS, J.D.:

“El discernimiento, ¿fruto o producto?”. En GRANADOS, L. y DE RIBERA, I. *El misterio de la fecundidad*, Didaskalos, Burgos 2011.

LAFUENTE TORRALBA, A. J.:

- “El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal”, en *Vivienda y crisis económica* [dir.: ALONSO PÉREZ, M. T.], Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 219 a 255.
- Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente, *Revista de Derecho Civil*, volumen II, 2015, pp. 181-205.

LEGAZ LACAMBRA, F.

Filosofía del Derecho. 5ª Ed. Bosch, Barcelona 1971.

LINACERO DE LA FUENTE, M.A.

- *Derecho civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- *Tratado del Registro civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

LLAMBÍAS DE AZEBEDO, J.:

Eidética y aporética del Derecho. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1958.

LOCKE, R- KOCHAN, T.A.- FEI QIN, M.R.:

“Más allá de códigos de conducta como el que rige para los proveedores de Nike”. *Revista internacional del trabajo*, Vol. 126, Nº 1-2, 2007, págs. 21-44.

LÓPEZ ATANES, F.J. / DE BUSTOS PARDO- MANUEL DE VILLENA, I.:

Suárez: una aproximación al tratado e las leyes y la defensa de la fe. Unión Editorial, Madrid 2010.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D.- MARTINEZ LÓPEZ, F.J.:

- “Los códigos de conducta como solución frente a la falta de seguridad en materia de comercio electrónico”. *Ciencias económicas*, Vol. 28, Nº. 1, 2010, págs. 117-139.

-“Nuevas tendencias en materia de responsabilidad social corporativa: los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico”. *Revista de responsabilidad social de la empresa*, Nº. 4, 2010, págs. 41-72.

LOPEZ MEDEL, M.- PAU PEDRON, A.:

“Efectividad y flexibilidad ante la reforma legislativa mercantil.” *Lunes cuatro treinta*, num.127, Valencia 1993.

LOPEZ SAN LUIS, R.:

-“El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia”, *Revista de Derecho Civil*, volumen II 2015, pp. 207-228.

LUCES GIL,F.:

Derecho del Registro civil. Bosch, Barcelona 2002

MAC INTYRE, A.:

Tras las virtud, Crítica, Barcelona, 2001.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.:

“Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas”. En *El Notario del siglo XXI*. Número 37. http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2631&seccion_ver=0 (Descargado el 12 de Abril de 2012).

MALUQUER DE MONTES BERNET, C.J.:

“Los Códigos de conducta como fuente de Derecho”. *Derecho Privado y Constitución*, num.17. 2003. Enero-Diciembre 2003.

MANGARELLI, C.:

Códigos de conducta en el marco de la Responsabilidad Social de la Empresa, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2009.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.:

Comentarios al Código Civil español. Sexta edición corregida y aumentada por CHAMORRO PIÑERO, S. T. I y XII. Ed. Reus. Madrid 1943.

MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M^a.M.:

Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario, Colegio de Registradores, Madrid 2008.

MARCUSE, H.:

Eros y civilización, Ariel, Barcelona 2010.

MARTÍN GARCÍA, L.:

“La dación en pago”. En DIAZ RUIZ, E. (Coord) et al. *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, Madrid 2013. Págs. 133 a 152.

MARTÍN MORON, M.T.:

“Concepto de comunidad”, en REYES LOPEZ, M.J. *Comunidad de bienes*, Tirant lo blanch, Valencia 2015. Págs. 33 a 59.

MARTÍN NARROS, H.D.:

“La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus a los contratos bancarios y su interpretación por la Sentencia de 29 de Octubre de 2013 y la jurisprudencia menor”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Num. 747. Págs. 532 a 559.

MARTÍN PÉREZ, J.A.:

- Comentario del artículo 1089 CC. En ALBALADEJO, M.- DIAZ ALABART, S. (Coords) *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*. Págs. 112 a 166.

MARTÍNEZ, F.:

El sistema español de Registro inmobiliario (I). Civitas- Thomson Reuters- Registradores de España. Cizur menor 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:

-*La promesa pública de recompensa*. Bosch, Barcelona 1985.

-“La Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, nueve años después: balance y perspectivas”. En *Homenaje a L.Diez-Picazo*, T.II. Thomson-Civitas, Madrid 2003.

MARTINEZ ESCRIBANO, C.:

“Nulidad de "cláusulas suelo" de intereses en contratos de préstamo hipotecario: comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (Sentencia 246/2010)”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Oct-Dic 2010. Págs. 206-239.

MARTÍNEZ SANTOS, A.

Jurisdicción y registros públicos. El proceso para la impugnación de la calificación negativa, Marcial Pons, Madrid 2012.

MARTÍNEZ SICLUNA SEPULVEDA, C.:

Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, Colex, Madrid 2011.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.

- *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*. Madrid, Colegio de Registradores, 2004.

- “Los sistemas de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en Europa”. En AA.VV. (ORDUÑA MORENO, F.J.-DE LA PUENTE ALFARO, F.) *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*. Cizur menor, Civitas 2009. Págs. 25 a 53.

- “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de la publicidad inmobiliaria”. En AA.VV. (ORDUÑA MORENO, F.J.-DE LA PUENTE ALFARO, F.) *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Cizur menor, Civitas 2009. Págs. 53 a 73.

MASAGUER FUENTES, J.:

“Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 2, 2011, 39 págs.

MASIDE MIRANDA, E.

“Tema 78, Derecho Hipotecario, Registros” en AAVV (RODRÍGUEZ TEJADA, G. Dir). *Derecho Hipotecario. Contestaciones a los temas de las oposiciones a Registros*, Dykinson, Madrid 2012. Págs. 655 y ss.

MATEO Y VILLA, I. MATEO y VILLA, I.:

- “De la fiducia garantía”. En GÓMEZ GALLIGO, F.J. (Coord). *Homenaje a Manuel Cuadrado Iglesias*. Tomo II. Pags. 1233 a 1259. Thomson-Civitas. Cizur Menor 2008.
- “Cláusulas abusivas e inscripción registral”. NUÑEZ IGLESIAS, A. (Dir). *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Comares, Granada 2014. Págs. 55 a 77.
- Comentario del Artículo 3. En EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS. <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm#UMBRAL>
- “Inscripción de estatutos de la comunidad romana”. *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, Nº. 1, 2014, págs. 135-137.
- *Derecho inmobiliario registral suizo. Según la nueva Ordenanza del registro de la propiedad de 23 de Septiembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2014.

MATEU DE ROS CEREZO, R.:

- *Práctica de gobierno corporativo: la reforma de la Ley de sociedades de capital y del código de buen gobierno*. Aranzadi, Cizur menor 2015.
- *El Código unificado de gobierno corporativo: estudios del Informe del Grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas aprobado por la CNMV el 22 de mayo de 2006*. Aranzadi, Cizur menor 2007.

MC INTYRE, A.:

Tras la virtud, Paidós, Barcelona 2001.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.

- “La función económica de los sistemas registrales”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 671, 2002. Págs 875 a 900.

- *De la publicidad contractual a la titulación registral*. Madrid, Thomson-Civitas. 2008.
- *Función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho*. En *La calificación registral*. Civitas. Tomo I. 2º ed. Madrid 2008.
- “Registro de la Propiedad y Ley del Suelo”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 698. 2006. Págs. 2303 a 2356.
- “Prólogo” en ARNAIZ EGUREN, R. *Terreno, edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*. Civitas. Registradores de España. Cizur Menor 2010. Págs. 53 a 58.
- *Fundamentación económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Civitas. Thomson-Reuters. Cizur Menor, 2011.
- “La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 815. 2011.
- “*Mortgage gate*: las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el *Mortgage electronic Registration System* en Estados Unidos”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 724, 2011. Págs 845 a 891.
- *La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una medida tan seductora como desaconsejable*.
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3069/documento/articuloUM.pdf?id=2953> (Descargado el 12 de Abril de 2012).

MÉNENDEZ, A. y Díez PICAZO, L.:

Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.
 Cívitas, Madrid 2002.

MERRIL, T.W.-SMITH, H.E. :

Propiedad y derechos reales. Traducción de SANTDIUMENGE, J. y GILI, M., Aranzadi, Cizur menor 2013.

MESSINEO, V:

Manuale de Diritto civile e commerciale, Giuffré, Milano 1958.

MIGUEL ASENSIO, P.A.de.:

Derecho Privado de Internet. 4ª edición. Cívitas, Cizur menor 2011.

MOLINA, L.:

Los seis libros de la justicia y el Derecho, Cuenca, 1593. Traducción al castellano y estudio preliminar de FRAGA IRIBARNE, M. Madrid, 1941.

MUNAR BERNAT, P.:

- *La regulación española de la "multipropiedad": la Ley de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (Ley 42/1998, de 15 de diciembre)*. Aranzadi, Pamplona 1999.
- “El aprovechamiento por turnos de bienes inmobiliarios turísticos”. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 30, 1999, págs. 45-52.
- “Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago”. En NUÑEZ IGLESIAS, A. (Dir). *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Comares, Granada 2014. Págs. 77 a 87.

MUÑIZ ESPADA, E.:

- *Bases para una propuesta de eurohipoteca*. Tirant lo Blanch, Valencia 2005.
- “Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Págs. 3021-3062.
- “Bienes en común y diferentes estatutos de ocupación de la vivienda”. En *Bienes en común*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2014.

NASARRE AZNAR, S.:

- “La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliaria*, 2015 (en prensa).

NASARRE AZNAR, S. (Coord):

Bienes en común. Tirant lo blanch, Valencia 2015.

NASARRE, S.- GARCIA, M.O.- XERRI, K.:

“¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda?”. *TEORDER* 2014, nº 16, Págs. 188-215.

NEWMAN RODRÍGUEZ, S.:

“Directiva 25/2009 sobre prácticas comerciales desleales: la protección de los consumidores en Europa”. En *Dereito* Vol 18, n.º 2: 33-116 (2009).

NOGUEROLAS PEIRÓ, N.:

“La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad”. En *Teoría y Derecho*. Revista semestral: Junio 5/2009. Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 39-65.

NUÑEZ IGLESIAS, A. (Dir). :

La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. Comares, Granada 2014.

NUÑEZ LAGOS, R.:

“El Registro de la Propiedad español”, En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 250, 1949.

OLIVAS MARTINEZ, J.L.:

Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares. Civitas, Madrid 2006.

OLIVENCIA RUIZ, M.:

- “Los llamados Códigos de Buen Gobierno”. *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, Nº. 37, 2007, págs. 133-152.

- ¿Los códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los códigos de buen gobierno? *El sistema financiero y el gobierno corporativo: 40 Unacc*, 2011, págs. 25-27

OLIVER ESTELLER, B.:

Derecho Inmobiliario español. Edición original 1892. 2º Edición. Civitas- Registradores de España. Cizur Menor 2009.

ONG, W.J.:

Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra, traducción de Angélica Scherp, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

ORDUÑA MORENO, F.J.-DE LA PUENTE ALFARO, F. :

Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo, Cizur menor, Civitas 2009.

ORS, J.:

“La crisis nos ha llevado a una exigencia moral más allá de la ley”. Entrevista a Javier Gomá Lanzón. En *La Razón*, 28 de Octubre de 2014, Pags. 60 y 61.

QUILES, I.

Suma teológica (selección), de Santo Tomás de Aquino. Introducción y notas. Espasa Calpe, Madrid, 1981.

PARDO NÚÑEZ, C.:

La prevención del riesgo de evicción, Cuadernos de Derecho Regsitral. Madrid 2009.

PAU PEDRÓN, A.:

- “El Registro Mercantil”, en *Leyes hipotecarias y Registrales de España*. Tomo V, volumen II. Madrid, 1992.

- *Esbozo de una teoría general de la inoponibilidad*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001.

PARADA ALVAREZ, R.:

Derecho Administrativo I. OPEN, Madrid 2013.

PARRA LUCAN, M.A.:

-“Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 Diciembre, de reforma de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 711. 2009. Págs. 261-349.

- “La formación del contrato como proceso”. En AA.VV. (PARRA LUCÁN, M. A. Coord). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014. Págs. 57 a 107.

PARRA LUCÁN, M. A. (Coord). :

- *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014.

PASTOR VITA, F.J.:

"Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios". *Diario La Ley* nº 6367, 2005.

PECES BARBA, G., DE ASIS ROIG, R., FERNANDEZ GARCÍA, E.:

Curso de teoría del Derecho. 2ª Edición. Marcial Pons, Madrid 2000.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.

- *Derechos reales. Derecho hipotecario*. 2 vols. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1999.

- *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4º Ed. Centro de Estudios Registrales. Madrid 2001.

PEREZ JUSTE, L.:

“Códigos de conducta laboral en la empresa”. En *Cinco días*, 11 de Mayo de 2015.

http://cincodias.com/cincodias/2015/05/08/empresas/1431100389_876937.html (consultado el 10 de Septiembre de 2015).

PEREZ LUÑO, A.E.:

El desbordamiento de las fuentes del Derecho, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

PETTIT, P.:

Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno (Paidós, Barcelona 1999).

PLAZAOLA, J.

Introducción a la estética, Deusto, Bilbao 1991.

PORTILLO, A. del

Fieles y laicos en la Iglesia. Bases de sus respectivos Estatutos jurídicos. EUNSA, Pamplona 1981.

POSNER, R.A.:

El análisis económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, Mexico 2007.

PRADA ÁLVAREZ BUYLLA, P.:

- “La idea del Derecho y el método en el pensamiento jurídico de don Jerónimo González”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 619, 1993. Págs. 1735 a 1778.
- “Don Jerónimo González: notas para una biografía”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 657, 2000. Págs. 363 a 401.

PUIG BRUTAU, J.- PUIG FERRIOL, L.

Fundamentos de Derecho civil. Parte General. Tomo I. Volumen I. Segunda Parte. Bosch. Barcelona 1979.

PUIG PEÑA, F.:

Tratado de Derecho civil español, tomo IV, Madrid 1946.

RADBRUCH G.:

Filosofía del Derecho. Trad. MONEREO PÉREZ. Comares, Granada 1999.

RAJOY BREY, E.:

- *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*. Colegio de Registradores, Madrid, 2005.

RAMS ALBESA, J.:

Comentario del Artículo 1. En RAMS ALBESA, J.- MORENO FLOREZ, R. (Coords). *Comentarios al código civil*. Tomo I. Bosch, Barcelona 2000. Págs. 11 a 82.

RAMS ALBESA, J.- MORENO FLOREZ, R. (Coords).:

Comentarios al código civil. Tomo I. Bosch, Barcelona 2000. Págs. 11 a 82.

REAL PÉREZ, A.:

- “Control y responsabilidad en las fundaciones”. En TRIGO GARCIA, M.B.- GARCIA RUBIO, M.P. *Tendencias legislativas y tercer sector : los modelos español e italiano : ponencias del Congreso Internacional, Santiago de Compostela, 2-4 de octubre de 2003*, 2005 págs. 49-64.

REAL PÉREZ, A. (Coord).:

Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica, Marcial Pons, Madrid, 2010.

REAL PÉREZ, A.- GOMEZ POMAR, F.:

“Bibliografía de Derecho civil, año 1989”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Nº. 76, 1989-1990, págs. 245-258

RICO PÉREZ, F. :

La conducta de las personas en el Derecho civil, Colegio Universitario “Domingo de Soto”. Obra Social de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad. Segovia, 1973.

ROCA SASTRE, R.M.:

Estudios de Derecho privado. I. Obligaciones y contratos. EDERSA, Madrid 1948.

Derecho Hipotecario, Tomo I. 5ª Edición. Bosch, Barcelona 1954.

ROCA SASTRE, L., ROCA- SASTRE MUNCUNILL, L, BERNÁ i XIRGÓ, J.:

Derecho Hipotecario. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.

ROCA SASTRE, R.M. y PUIG BRUTAU, J.:

Estudios de Derecho privado, I, EDERSA, Madrid 1948.

RODOTÁ, S.

“Códigos de conducta: entre hard law y soft law”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid 2010.

RODRIGUEZ ARANA, J.:

El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración. Madrid, Reus 2012.

RODRÍGUEZ OTERO, L.

Instituciones de Derecho Hipotecario, Dijusa, Madrid.2007.

RODRIGUEZ MOLINERO, M.:

Introducción a la ciencia del Derecho. Librería Cervantes, Salamanca 1999.

RODRIGUEZ PANIGUA, J.M^a.:

Derecho y sociedad. Tecnos, Madrid 1979

ROGEL VIDE, C.:

- “Momento y lugar de formación del contrato”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N^o 4, 1982, págs. 1253-1271

- “En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos vía Internet”. *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N^o 47, 1999, págs. 71-86.

- *Derecho de obligaciones y contratos*. Cálamo, Barcelona 2003.

- “En torno a la conclusión de los contratos”. VATTIER FUENZALIDA, C., CUESTA SAENZ, J.M., CABALLERO LOZANO, J.M. *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Vol. 1, 2003, págs. 207-226.

- “El desistimiento unilateral causal pactado”. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, 2003, págs. 89-106.
- “En torno a la conclusión de los contratos en el proyecto de Código de Pavía”. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 2, 2003, págs. 231-246.
- “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”. *Revis General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 3, 2003, págs. 429-446.
- “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”. *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. 2, 2006, págs. 2155-2170.
- “Declaraciones de voluntad contractuales y valor jurídico del silencio”. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, 2007, págs. 51-76.
- “Los contratos electrónicos, sus tipos y el momento de su perfección”. En SALA ARQUER, J.M., MARTINEZ-SIMANCAS SANCHEZ, J. (Coords) *Derecho sobre internet: www.derechosobreinternet.com.*, 2008, págs. 315-335.
- *Estudios de derecho civil. II, Obligaciones y contratos*. Madrid, Reus, 2008.
- “Mediación y transacción en el Derecho civil”. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 3, 2009, págs. 545-564.
- *Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid: Reus, 2013.
- *Obligaciones y contratos: cuestiones actuales*. Ubijus, México, D.F; Reus, Madrid 2013.
- *Aceptación y contraoferta*. Madrid: Reus, 2014.

DEL ROSAL BLASCO, B.:

“Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”. *Diario La Ley*, Nº 7670, 2011.

ROSSI CARLEO, L.:

“Codici de condotta e tutela dei consumatori”. En REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid 2010. Págs. 227 a 237.

RUBÍ PUIG, J.:

- “Just pay it. La transacción Kasky vs Nike”. *InDret*. Working paper 171. Octubre 2003. http://www.indret.com/pdf/171_es.pdf
- “Publicidad y libertad de expresión. La doctrina del Commercial Speech en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU”. *InDret*. Working paper 171. Octubre 2005. http://www.indret.com/pdf/311_es.pdf

RUIZ-RICO RUIZ, C.:

El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2003.

SAINZ- CANTERO CAPARRÓS, B.:

“La evolución de la posición del deudor hipotecario desde el pacto de Zurbano hasta la Ley 1/2013 de 14 de Mayo: del *favor creditoris cum hyphoteca* al principio de protección del consumidor en el tráfico inmobiliario”. En NUÑEZ IGLESIAS, A. (Dir). *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Comares, Granada 2014. Págs. 7 a 37.

SALAS MURILLO, S. de:

- “El cumplimiento del contrato en el anteproyecto de código europeo de contratos”. *Revista de derecho privado*, Año nº 89, 2005, págs. 31-81.
- “Tendencias actuales sobre el arrendamiento y el derecho de superficie en el marco del derecho a la vivienda”. En *Derecho privado y Constitución*. Num 23. Enero- Diciembre de 2009. Págs. 91 a 123.
- *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*. Aranzadi, 2011.

SALVADOR CODERCH, P.:

“Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa”. *Revista de Derecho privado*, 1978, p. 661 y ss.

SARMIENTO, D.:

El soft law administrativo. Thomson- Civitas, Cizur menor 2008.

SANDEL, M.:

- *El liberalismo y los límites de la Justicia*; Democracys Discontent. America in Search of a Public Philosophy. Harvard University Press, 1996;

- *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales de los mercados*. Debate, 2013.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.:

Principios de Derecho Administrativo General I. 2ª Ed. Iustel, Madrid 2009.

SANTORO- PASSARELLI, F.:

Dottrine generale di diritto civile, Jovene, Napoli 2012.

SANTOS BRIZ, J.:

Comentario del Art. 1089. En SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord). *Comentarios al código civil*. Bosch, Barcelona 2006. Libro IV. Págs. 19 a 29.

SANZ FERNANDEZ, A.:

Instituciones de Derecho Hipotecario, Reus, Madrid 1947.

SARCINA, A.:

El sobreendeudamiento de los particulares y el consumidor, Euriconv, 2014.

SARCINA, A. (Coord).:

Il sovraindebitamento civile e dil consumatore, Euriconv, 2014.

SARMIENTO, D.:

El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración. Civitas, Cizur menor 2008.

SCHLESINGER, P.:

“La autonomía privada y sus límites”, en *Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal*, Traducción de Leysser L. León, Editada por la Asociación Civil Taller de Derecho, N° 3, Año 2002, Lima, págs. 103-110.

SEE, E.G., MITNICK, B.:

The Political Economy of Regulation: Creating, Designing, and Removing Regulatory Forms (New York/Guildford: Columbia University Press, 1980).

SIEIRA GIL, J.:

“La ampliación del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la ley 41/2007” en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Fundación Registral, Madrid 2009, pp.167 a 207.

SENDIN MARTIN, C.:

“Ecoetiqueta-SERCA y Registro de la Propiedad”. *Lunes cuatro treinta*. Num 468, Octubre de 2009, p.22 y ss.

SENRA, L.:

“Soberanía alimentaria, ¿de que hablamos?”. En *La Voz de Galicia*, 7 de Abril de 2014.

SENÉS MOTILLA, C.:

"La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria", en *La protección del deudor hipotecario* (coords.: ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. y MARTOS CALABRÚS, M. A.), Ed. Comares, Granada, 2014.

SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L.; ORTEGA DOMENECH, J.:

“Sistemas de tratamiento de las persona física”. En CUENA CASAS, M. Dir. *Familia y concurso de acreedores*. Civitas, Cizur menor 2010. Págs. 63 a 79.

SERRERA CONTRERAS, P.L.:

"El Registro Mercantil: una consideración de sus principios". *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*. 679, 2003. Págs.2741 a 2798.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord).:

Comentarios al código civil. Bosch, Barcelona 2006.

SORO RUSSELL, O. :

- *El principio de autonomía de la voluntad en la contratación: génesis y contenido actual*. <http://eprints.ucm.es/12205/>
- “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”. *InDret.com*. Barcelona, Abril de 2010.
- *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Reus, Madrid 2014.
- “¿Códigos de conducta o legislación?”. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, 2014, págs. 77-92.

SUÁREZ, F.:

Las leyes. Trad. EGUILLOR, J.R. Instituto de estudios políticos, Madrid 1967.

TATO PLAZA, A.:

- “Autorregulación publicitaria y códigos de conducta sobre publicidad en Internet”. En AA. VV. (FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A.- TATO PLAZO, A.) *Comercio electrónico en Internet*, 2001, págs. 225-259.
- “Los códigos de conducta ante el Derecho de defensa de la competencia: comentarios a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2002, Expt. 319/02, “Código de Publicidad de Tabaco””. *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2002, págs. 389-398.
- “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 29, 2008-2009, págs. 529-572.
- “Régimen jurídico de la publicidad de productos y servicios bancarios: principios generales”. *Autocontrol*, Nº. 162, 2011, págs. 9-15.

TONIES, F.:

Comunidad y sociedad (Trad. ROVIRA, J.). Buenos Aires, 1947.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J.:

Internet, propiedad industrial y competencia desleal. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2002.

TORRENT, A.:

"¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil)". *Revista critica de Derecho inmobiliario*. 618, 1993. Pags. 1391 a 1420.

TORRENS, Sir Robert Richard.:

Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro. Según el método de duplicados vigente en las colonias británicas. Traducción de NOGUEROLLES PEIRÓ, N. y MARTINEZ ESCRIBANO, C. Cizur menor, Aranzadi 2011.

TORRES GARCIA, T.F.:

- "Protección del consumidor y derecho de la contratación". *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. 1, 2002, págs. 881-906.

- "El control de las fundaciones". En TRIGO GARCIA, M.B. y GARCIA RUBIO, M.P. *Tendencias legislativas y tercer sector : los modelos español e italiano: ponencias del Congreso Internacional, Santiago de Compostela, 2-4 de octubre de 2003*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago 2005, págs. 35-48.

TRÍAS PINTÓ, C.:

"Códigos de conducta: protección y posicionamiento de los consumidores". En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010. Págs. 241 a 249.

URÍA FERNÁNDEZ, F.:

“Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria”. En REAL PÉREZ, A. (Coord). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010. Págs. 307 a 322.

VALERO FERNÁNDEZ- REYES, A.

-“La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”. En *Jornadas de regulación del mercado hipotecario. Fundación Registral*, Madrid 2008. págs. 185 a 225.

VALLE HERNÁNDEZ, A.M^a del:

“El Registro Mercantil electrónico”. *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, N^o. 18, 2008, págs. 19-33.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.

- *Estudios sobre Derecho de cosas*. Montecorvo, Madrid 1973.
- “El Profesor Federico de Castro y el Derecho Natural”. *Anuario de Derecho civil*, Vol. 36, No 4, 1983.
- “Los principios generales en la interpretación del Derecho según el profesor Federico de Castro”. En *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1997. Págs. 21 a 39.

VATTIER FUENZALIDA, C.:

Sobre la estructura de la obligación. Palma de Mallorca, 1980.

VAQUER ALOY, A.:

“Actos y contratos unilaterales”. En PARRA LUCÁN, M. A. (Coord). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014. Págs. 169 a 199.

VAZQUEZ AENJO, O.G.:

- *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales.*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
- *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch- Registradores de España. Valencia, 2013

VILLAPLANA GARCIA, C.

Fichero registral inmobiliario. Tirant lo Blanch. Valencia 2014.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D.

- «A protección extrajudicial dos consumidores: a cualificación rexistral das cláusulas abusivas», *Revista Xurídica Galega*. Número 61. Año 2008.
- *Autorregulación y publicidad registral*, Fundación Registral, Madrid 2010.
- “La protección extrajudicial de los consumidores: la calificación registral de las cláusulas abusivas”. En *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*. Número 170. Julio 2010.
- «Concurso de persona física casada y Registro de la Propiedad», *Anuario de Derecho Concursal*, 22, enero 2011. Págs. 177-206.
- «La modernización foral del derecho de sucesiones: la nueva configuración de la legítima y el papel del Registro de la Propiedad» publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*. Número 170. 2010. Núm. 188. Marzo de 2012. Págs. 709 a 714.
- “El Registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores”. En DIAZ RUIZ, E. *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, Madrid 2013. Págs. 47 a 69.
- «La morosidad hipotecaria y el sistema fiscal: medidas tributarias contra la insolvencia». En *OL, Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, Nº. 37, 2012 , págs. 74-78.
- «Comentario del artículo 253» en AA.VV (DOMINGUEZ LUELMO, A. coord.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Lex Nova. Valladolid 2013.
- “La información registral en la formación del contrato”. En PARRA LUCÁN, M. A. (Coord). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014. Págs. 479 a 513.

- “El estudio del Derecho en las oposiciones: posibles aportaciones a la vida universitaria”. En *Docencia y Derecho*. Num 7. Córdoba 2013.

- “De nuevo sobre las novatadas”. En <http://hayderecho.com/2014/10/22/de-nuevo-sobre-las-novatadas/>. Octubre 2014.

- *Breves consejos para estudiar Derecho con éxito*. VisionLibros.net. Madrid 2012. Segunda edición 2014.

- “Los padrinos en el Derecho civil”. *Revista de Derecho civil*. Volumen II, número 2. Abril- Junio 2015.

- *Prontuario de Derecho Hipotecario*. Dykinson, Madrid 2015.

VILLADIEGO, L. y CASTRO, N.:

- *Carro de combate. Consumir es un acto político*. Clave intelectual, 2014.

- “El poder de nuestro carro de la compra: el consumo como acto político”. *El País*, 22 de Diciembre de 2014. <http://blogs.elpais.com/3500-millones/2014/12/el-poder-de-nuestro-carro-de-la-compra-el-consumo-como-acto-pol%C3%ADtico.html>

VIVES, L.:

De concordia et discordia in humano genere; introducción de Valerio del Nero; traducción del latín y notas, Francisco Calero, María Luisa Arribas y Pilar Usábel. Ajuntament de Valencia, 1997.

WEBER, M.:

Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva. 2ª Edición en español (traducción de MEDINA ECHEVARRÍA, J.; ROURA PARELLA, J.; GARCÍA MAÍNEZ, E.; IMAZ, E., FERRATER MORA, J.), de la cuarta en alemán, reimpresión primera. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

